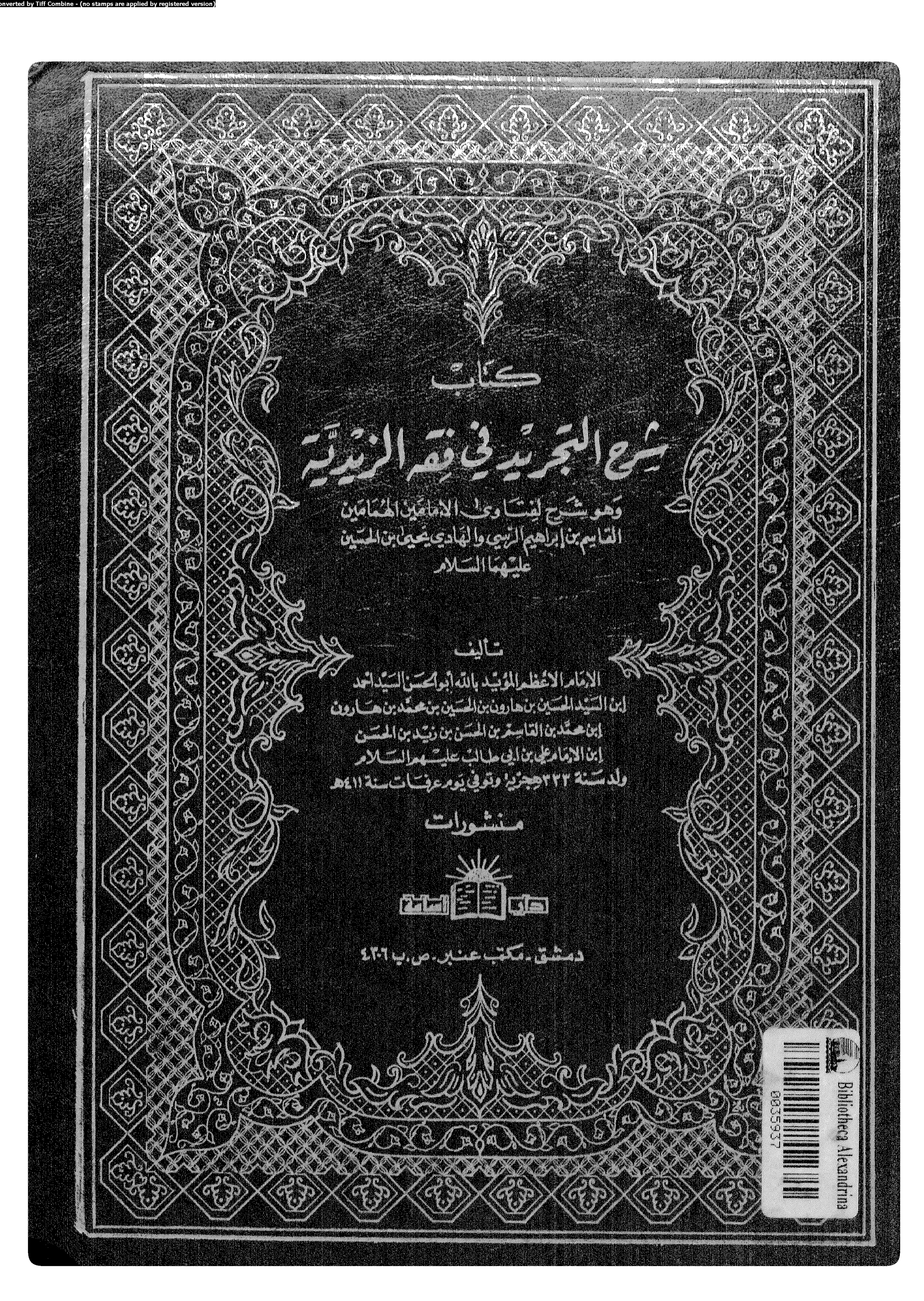


كتاب
شرح التجريد في فقه الزيدية
وهو شرح لفتاوى الامامين الهمامين
القاسم بن إبراهيم الرسي والهادي يحيى بن الحسين
عليهما السلام
تأليف
الإمام الأعظم المؤيد بالله أبو الحسن السيد أحمد
ابن السيد الحسين بن هارون بن الحسين بن محمد بن هارون
ابن محمد بن القاسم بن الحسن بن زيد بن الحسن
ابن الإمام علي بن أبي طالب عليهم السلام
ولد سنة ٣٣٣ هجرية وتوفي يوم عرفات سنة ٤١١ هـ
منشورات
دمشق ـ مكتب عنبر ـ ص.ب ٤٢٠٦
Bibliotheca Alexandrina
0035937

كتاب

شرح التجريد في فقه الزيدية

كتاب

شرح التجريد في فقه الزيدية

وهو شرح لفتاوى الإمامين الهمامين
القاسم بن إبراهيم الرسي والهادي يحيى بن الحسين
عليهما السلام

تأليف

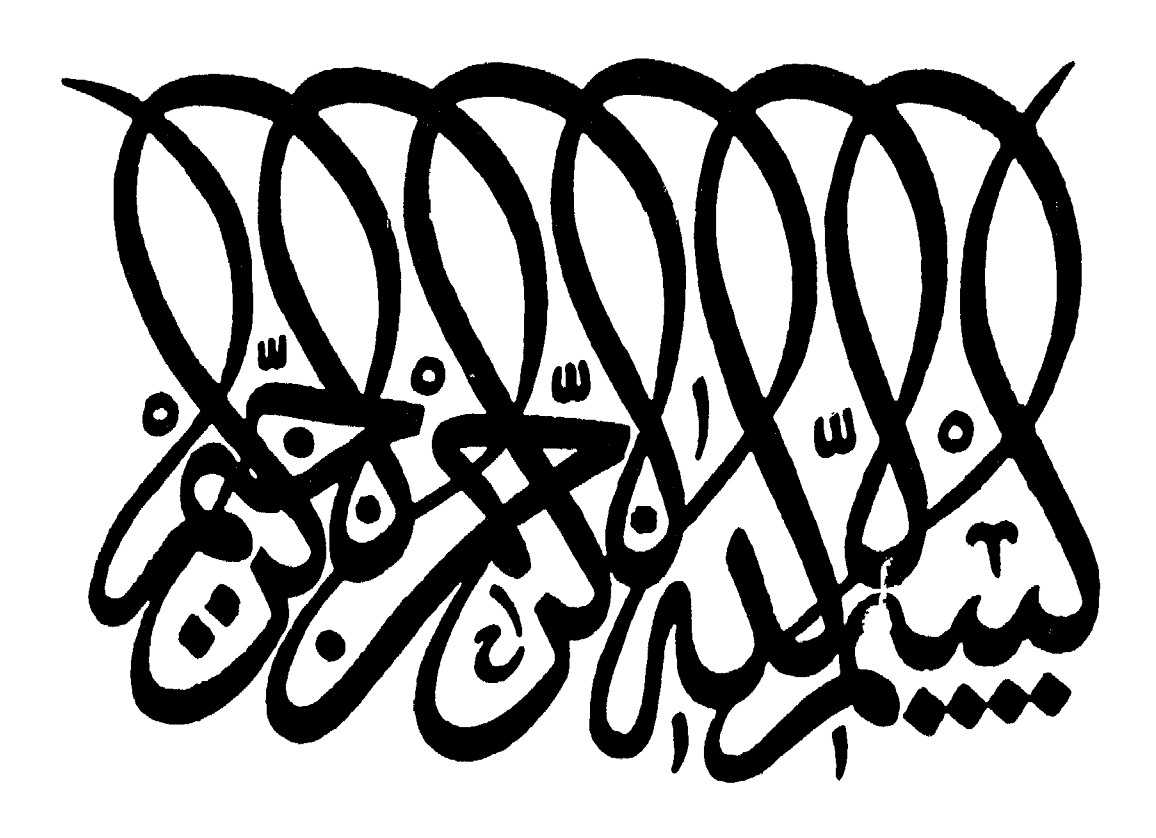
الإمام الأعظم المؤيد بالله أبو الحسن السيد أحمد
ابن السيد الحسين بن هارون بن الحسين بن محمد بن هارون
ابن محمد بن القاسم بن الحسن بن زيد بن الحسن
ابن الإمام علي بن أبي طالب عليهما السلام
ولد سنة ٣٣٣ هجرية وتوفي يوم عرفات سنة ٤١١ هـ
وفيه يقول القائل

عرج على قبر بصعده ... وابك مرموساً بلنجا
واعلم بأن المقتدي بهما ... سيبلغ ما ترجا

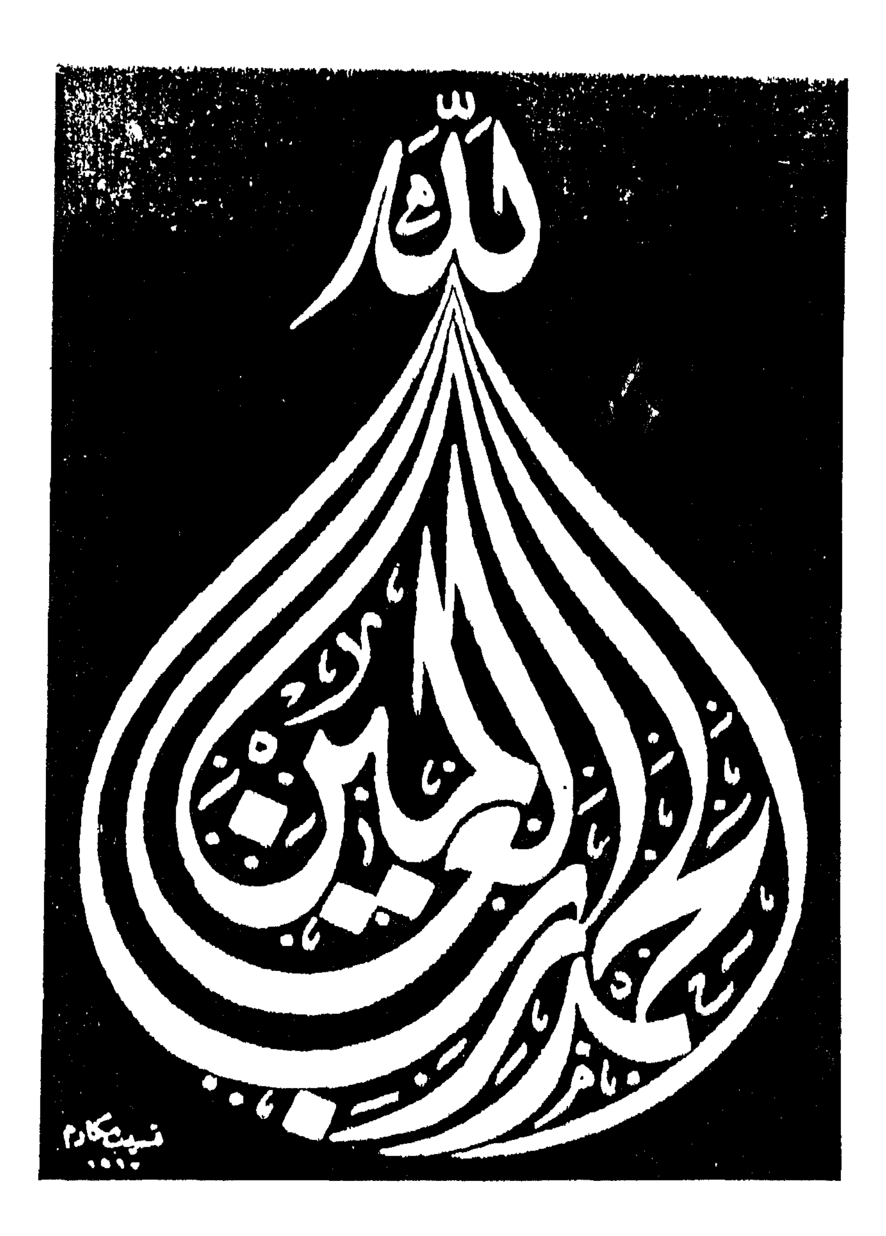
قام بطبعه
الفقير إلى رحمة الله الغني
السيد يوسف بن السيد محمد المؤيد الحسيني

توزيع
السيد حسين بن السيد محمد الحسيني السياني
صنعاء - جامع النهرين

الجزء الثالث



الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م



(الحمد لله رب العالمين)

باب القول في اللواتي يحل ويحرم نكاحهن

قال أبو عبد الله يحرم على الرجل نكاح اللواتي ذكر الله تعالى تحريمهن في كتابه
بقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم إلى آخر الآية وهن الأمهات والجدات وإن علون والبنات
وبنات البنات وإن سفلن والأخوات وبنات الأخوات وبنات الإخوة وبنات بناتهن وإن سفلن
والعمات وعمات العمات وإن بعدن والخالات وخالات الخالات وإن بعدن ويحرم من
الرضاع جميع اللواتي ذكرنا كما يحرم من النسب وجميعه منصوص عليه في الأحكام والأصل
في جميع ما ذكرنا قول الله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم
وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم
وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح
عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان
غفورا رحيما فدخل في قوله سبحانه حرمت عليكم أمهاتكم الجدات وإن علون لأن الاسم يتناولهن
يتناولهن ودخل في قوله وبناتكم بنات البنات وبناتهن وبنات البنين وبناتهن وإن سفلن
لأن اسم البنات يتناولهن بلا خلاف في ذلك ودخل في قوله وعماتكم عمات العمات وإن بعدن
ودخل في قوله تعالى وخالاتكم خالات الخالات وإن بعدن لتناول الاسم لهن ودخل في قوله
وبنات الأخ بناتهن وبنات بنيهم وبناتهن وإن نزلن وكذلك قوله في بنات الأخت لما ساء من
تناول الاسم لهن وحرم بقوله وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم الأمهات المرضعات والأخوات من
الرضاعة على ما مضى تفصيله في كتاب الرضاع وقلنا يحرم من الرضاع جميع اللواتي ذكرنا كما
يحرم من النسب لما أخبرنا به أبو سعيد عبد الرحمن بن محمد بن حمزة الأبهري نا أبو زيد محمد
بن بشر بن عبد الله الزبيري حدثنا يحيى بن نصر بن سابق الخولاني حدثنا ابن وهب نا عبد الله
بن لهيعة والليث بن سعد عن يزيد بن أبي حبيب عن عراك بن مالك عن عروة بن الزبير أن عائشة
أخبرته أن عمها من الرضاعة يسمى أفلح استأذن عليها فحجبته فأخبرت رسول الله صلى الله
عليه وآله وسلم فقال لا تحتجبي عنه فإنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ونا أبو
سعيد الأبهري نا أبو زيد محمد بن بشر حدثنا يحيى بن نصر حدثنا عبد الله بن مسلم
القرشي نا مخرمة عن أبيه قال سمعت حميد بن عبد الرحمن بن عوف يقول سمعت
أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وآله وسلم يقول قيل لرسول الله أين أنت يا رسول الله عن ابنة
حمزة أو قيل ألا تخطب ابنة حمزة بن عبد المطلب فقال إن حمزة أخي من الرضاعة وفي حديث
زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه
وآله وسلم تزوج ابنة حمزة فقال إنها ابنة أخي من الرضاعة يا علي أما علمت أن الله عز وجل حرم
عز وجل حرم من الرضاع ما حرم من النسب فدلت هذه الأخبار على أن الرضاع في باب التحريم
كالنسب ووجب أن يلحق بها قول الله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم لوجهين أحدهما

ان النهي خاص والاية عام وقد بينا ان العام يجب ان يبنى على الخاص والثاني ان الخبر حاظر والاية مبيحة ومن حكم الخاطر ان يقدم على المبيح ويجعل اولى مسـألة قال ويحرم على الرجل نكاح ام امرأته دخل بها او لم يدخل وكذلك تحرم جداتها وان علون ويحرم عليه ابنة امرأته ان كان دخل بها وكذلك بنات بنيها او بنات بناتها وان سفلن وكذلك بنات بنيها وان لم يكن دخل بها لم تحرم عليه وهذا منصوص عليه في الاحكام فان قيل اليس قد قال الهادي عليه السلام في اول كتاب النكاح من الاحكام ثم حرم سبحانه امهات النساء على ازواج بناتهن اذا كانوا قد دخلوا بالبنات فكيف تحكيهم عنه تحريم ام المرأة على الزوج دخل بابنتها او لم يدخل قيل له انه عليه السلام ذكر امهات النساء في الاحكام في موضعين فقال في اول الموضعين ما حكيت عنه ولم يذكر حالهن في تحريم او تحليل اذا لم يكن الازواج دخلوا ببناتهن ولم يكن في هذا نقض لما حكيناه وقال في وسط الكتاب لا يجوز ان ينكح المرأة وام المرأة ملك عقد نكاحها دخل بها او لم يدخل لانها محرمة مبهمة التحريم فنقطع وهذا الموضع ما يوقف فيه في الموضع الاول ونص عليه وهذا يدل على انه حين ذكر المسألة اولا كان متوقفا وحين ذكرها ثانيا كان قاطعا فكان المذهب ما قطع به دون ما توقف فيه والى هذا ذهب عامة الفقهاء ويحكى عن بعض الصحابة ان ام المرأة لا تحرم الا بالدخول على ابنتها واليه ذهب الامامية والاصل في ذلك قول الله عز وجل في ذكر التحريم وامهات نسائكم الاية فاطلق التحريم في امهات النساء وجعله في بنات النساء بشرط الدخول فان قيل ان من حكم الشرط اذا ورد عقيب جملة من الكلام ان يرجع الى جميعها واذا كان ذلك كذلك فالواجب ان يكون الشرط راجعا الى امهات النساء كرجوعه الى ربائبكم قيل له يجب رجوع الشرط الى جميع ما تقدم اذا كان مما يصح رجوعه اليه فاما اذا استحال ذلك فلا يجب ويجب رجوعه الى ما يصح من الجملة وقد علمنا ان قوله من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فلا يجوز ان يرجع الى امهات النساء بل يستحيل ذلك لان الامهات لا يكن منهن فلا يصح ذلك وانما يكن بناتهن منهن لان من ها هنا لابتداء الغاية لان من مبني على ثلاثة اوجه للصلة كما قال سبحانه يغفر لكم من ذنوبكم والمعنى ذنوبكم ومن لابتداء الغاية كما قال من شاطئ الوادي الايمن ومن للتبعيض والمميز كما يقال هذا ثوب من خز واذا ثبت ذلك صح ما قلناه من ان رجوع هذا الشرط الى الامهات لا يصح وجب ان يكون تحريمهن على ما تقتضيه الاية فان قيل ما انكرتم ان تكون من ها هنا دخلت للتبعيض وكانه قال تعالى من جملة نسائكم اللاتي دخلتم بهن فلا يستحيل ان تكون راجعا الى الامهات قيل له هذا لا يصح لان مراد الله ان كان دخولها ها هنا للتبعيض فقد بينا الكلام وامهات نسائكم من نسائكم

في الاحكام لا يجوز للرجل ان ينكح امرأة ملك عقد نكاحها

اللاتي دخلتم بهن على سبيل التعديه والتاخير ولو كان ذلك كذلك لوجب ان يرجع الشرط الى امهات النسا فقط دون الربائب لان اذا كانت للتبعيض فيجب ان تكون التي دخل عليه من جملة ما ساواه الاسم الا ترا انا اذا قلنا هذا البيت من شعر فلان فيجب ان يكون شعره مشتملا على ذلك البيت وقد اجمع الجميع على ان الشرط راجع الى الربائب وان حصلوه في الامهات فلا يصح ذلك لان يكون من لابتدا الغايه فصح ما قلناه فان قيل فقد روي عن علي عليه السلام انه جعل امهات النسا في هذا الباب بمنزلة الربائب قيل له ان الاصح عنه عليه السلام عندنا خلافه اذ قد روي عنه زيد بن علي عليهما السلام ما نذكره بعد هذه المسئله ويدل على ذلك ما رواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه واله وسلم قال اذا تزوج الرجل المراه ثم طلقها قبل ان يدخل بها فله ان يتزوج ابنتها وليس له ان يتزوج امها وايضا تحريمها لم يتعلق بامها فاشبهت ازواج الابا وحلايل الابنا فان الدخول لا يجوز ان يكون شرطا فيه وهذا الاعتبار اولى من اعتبارها لها بحال الابنه لان الاصول تشهد له لان كل موضع تعلق التحريم فيه بالعقد فلا اعتبار فيه بالدخول الا ترا ان تحريم الاختين يتعلق بالعقد ولا اعتبار فيه بالدخول وكذلك تحريم تزويج الخامسه يتعلق بالعقد ولا اعتبار فيه بالدخول ولان اعتبارنا يقتضي ان تحريم الاختين يتعلق بالعقد ولا اعتبار فيه بالدخول ولان اعتبارنا حظر العقد وسلم عن الاصل اذ الاصل جواز نكاحها مسئله قال ويحرم على الرجل حليلة ابنه وبني ابنه وان سفلوا وكذلك حليلة ابيه واجداده وان علوا وهذا منصوص عليه في الاحكام والاصل في حليلة الابن قوله تعالى في ذكر التحريم وحلايل ابنايكم الذين من اصلابكم وفي حليلة الاب قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباوكم من النسا والمسئله لا خلاف فيها وقد روي زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام قال حرم الله سبحانه من النسب سبعا ومن الصهر سبعا فاما السبع من النسب فهي الام والبنت والاخت وبنت الاخت وبنت الاخ والعمه والخاله واما السبع من الصهر فامراة الاب وامراة الابن وام المراه دخل بالابنه او لم يدخل بها وابنتها ان كان دخل بها وان لم يكن دخل بها فهي حلال والجمع بين الاختين والام من الرضاعه والاخت من الرضاعه فكان ذلك موافقا لما نطق به القران مسئله قال ويحرم على الرجل الجمع بين الاختين وبين كل مراتين لو كانت احداهما رجلا حرم النكاح بينهما للنسب والرضاع دون السبب نص في الاحكام على تحريم الجمع بين الاختين ونبه على تحريم الجمع بين كل مراتين بينهما رحم محرم ان علل تحريم الجمع بين الاختين بالتباغض المعهود بين الضراير المودي الى قطيعة الارحام فقلنا ذلك يجاوز فقلنا ذلك في الرضاع لانه علم اجرا الرضاع في هذا الباب مجرى النسب والاصل في تحريم الجمع بين الاختين قول الله تعالى والا ما قد سلف وقلنا تحريم الجمع بين المراتين اذا كان بينهما رحم محرم لما رواه زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام قال رسول الله

وان تجمعوا بين الاختين

صلى الله

السبب

صلى الله عليه وآله وسلم لا يتزوج الرجل المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة
اختها لا الصغرى على الكبرى ولا الكبرى على الصغرى وأخبرنا ابو الحسين عبد الله بن سعيد
البروجردي حدثنا ابو بكر محمد بن عمر الدينوري حدثنا ابو قلابة الرقاشي حدثنا ابو عاصم
النبيل عن همام عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وآله
وسلم نهى ان تنكح المرأة على عمتها او على خالتها وروى ابو داود في السنن باسناده عن عامر
عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا تنكح المرأة على عمتها ولا العمة (ولا العمة)
المرأة على ابنة اخيها ولا الخالة على ابنة اختها ولا المرأة على خالتها لا تنكح الصغرى على الكبرى ولا
الكبرى على الصغرى وقلنا ذلك في الرضاع لقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **مسألة**
قال واما رجل كانت عنده امرأة واراد ان يتزوج باخرى لا يحل الجمع بينهما لم يكن له
ان يتزوجها حتى يطلق التي عنده وتنقضي عدتها ان كانت المطلقة رجعية وان كانت بائنة
ما جاز له ان يتزوج الاخرى وهي في عدتها وكذلك القول فيمن له اربع نسوة واراد ان يتزوج
اخرى نص في الاحكام على ما ذكرنا في الاربع ورواه عن جده القاسم عليهم السلام وروى عنه
فيمن كانت عنده امرأة فطلقها واراد ان يتزوج اختها فقلنا ذلك في كل امرأتين لا يحل
الجمع بينهما اذ لا فصل بين الامرين وهو قول الشافعي قال ابو حنيفة العدة في هذا الباب
كالنكاح يمنع ما يمنع منه النكاح والدليل على ذلك قول الله فانكحوا ما طاب لكم من النساء
وقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم وقوله واحل لكم ما وراء ذلكم فاباحت هذه الظواهر عقد
النكاح لمن ذكرنا فان قيل فقد قال الله تعالى في المحرم وان تجمعوا بين الاختين قيل له
من ذكرناه لا يكون جامعا بينهما لانه لا يملك المطلقة ولم يبق عقد نكاحه عليها فكيف يكون
جامعا بينهما فان قيل [illegible] هما اكثر من الجمع بينهما لانه يلحق ولدها ويلزمه نفقتها
قيل له المراد بقوله وان تجمعوا بين الاختين انما هو في النكاح دون سائر الاحوال واذا
كان هذا هكذا فليس الذي ذكرتم من الجمع المراد بالآية في شيء على ان قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
لا يمكن ادعاء العموم في الجمع لانه يقتضي جمعا واحدا وكذلك قال اصحابنا من المتكلمين في قوله عز
وجل يضل من يشاء انه لا يمكن ادعاء العموم في الضلال وانه في حكم المجمل واذا كان هذا هكذا
وجب ان يحمل على ما يثبت انه هو المراد بالدلالة وهو النكاح في الحرائر فان قيل نهيه
صلى الله عليه وآله وسلم عن نكاح المرأة على عمتها وخالتها قيل له النهي لا يتناول لما
اختلفنا فيه لانه لا يقال نكحها على عمتها الا اذا كانت عمتها في نكاحه واما اذا ارتفع النكاح
بينهما فاللفظ لا يتناوله ولا خلاف انها اذا انقضت عدتها جاز التزويج باختها فكذلك
اذا كانت في العدة والعلة انها لا تحل الا بتجديد عقد جديد وهذا القياس اولى من قياس من يلحقها (رجعة)
مثلها لو كانت في عدة تطليقة رجعية وحكم الزوجة لانه يملك عصمتها (بضعها) وجرى بينهما توارث

(التي تكون في عدة تطليقة رجعية)

وليس كذلك البائن بل هي بالاجنبية اشبه بل ابعد حالا من الاجنبية لان المطلقة ثلثا لا تحل له
حتى تنكح زوجا غيره والاجنبية تحل له دون ذلك والمختلعة ليس له ان يتزوجها اكثر من مرتين
وليس كذلك الاجنبية فان له ان يتزوجها الف مرات وان قيل العدة تمنع المرأة مما
يمنعه النكاح قيل له منعت المرأة من ذلك لانها معتدة وليس على الرجل عدة وانما المانع
للزوج هو النكاح فقط لان المانع للمرأة هو النكاح والعدة فكما ان المرأة اذا ارتفع
عنها النكاح والعدة جاز لها التزوج فكذلك الرجل اذا ارتفع عنه النكاح جاز له التزوج
وايضا وجدنا الرجل يحل له نكاح الاخرى اذا انقضت عدة هذه وان لم يكن تزوج بها فكذلك
اذا بانت منه وان كانت في العدة والعلة انه لم يملك بضعها بعقد النكاح ولا حلالا لان
الاعتداد من غيره لا يمنع من النكاح فكذلك اعتداد البائن منه والمعنى انه اعتداد منه لا
يملك بطالة مع صحة تصرفه وليس لهم ان يجعلوا بقاء بعض احكام النكاح من السكنى والولد
ولزوم النفقة له علة لان كثيرا من احكام النكاح تبقى بعد انقضاء العدة لا يكون بقاؤه منعا
من النكاح بالاجماع الا ترى انها يصح ان تصير له على قول من يثبت ان كانت البينونة بغير
الثلث وان كانت الثلث فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ولا تحل لابيه ولا لابنه
ولا تحل امها ولا ابنتها ان كانت مدخولا بها وشيء من ذلك لا يجب في الاجنبية فعلم انه
كله من بقايا احكام النكاح وان لم يمنع الزوج من النكاح فبان ان الاعتبار انما هو بما
معظم احكام النكاح الذي هو ملك البضع دون سائر احكامه على ان ما يخص النكاح
نحو الظهار والايلاء والمواريث لا يتعلق على البائن وان كانت في العدة والاحكام التي
ذكروها وهي استحقاق النسب ووجوب النفقة وكونها محبوسة بسبب يتعلق بكلها
ما يثبت على بعض الوجوه مع عدم النكاح اصلا فكل ذلك يكشف ان البائن وان كانت في
العدة فهي بالاجنبية اشبه منها بالتي تحت العقد فصح ما ذهبنا اليه. مسألة قال ولا باس
ان يجمع الرجل بين امرأة وبنت زوجها وهذا منصوص عليه في الاحكام وهو مما لا خلاف فيه
اليوم وان كان قد حكي الخلاف فيه عن بعض السلف وروي عن علي عليه السلام تزويجه له
ووجهه انه ليس بينهما حرمة نسب ولا رضاع فاشبهتا الاجنبيتين. مسألة
ومن طلق امرأته ثلثا لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره ويجامعها في فرجها ثم يطلقها او يموت عنها
وتنقضي عدتها اذا تزوجها عنه فيها وهذا منصوص عليه في الاحكام والاصل فيه قول
الله تعالى فيمن طلق الثالثة فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولا خلاف
فيه قلنا ويجامعها في فرجها لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال للتي طلقها
رفاعة ثلثا اتريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك يعني الزوج
الذي تزوج بها بعد رفاعة وروي نحو زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام وقلنا اذا

عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام ان عبد الله بن جعفر [illegible] عليه السلام

تزوجها

تزوجها رغبة فيها لما روي عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه لعن المحلل والمحلل له ويجب أن يكون المراد إذا انعقد عقداً غير صحيح للتحليل وفي هذا فساد قول من قال إذا تزوجها ووطيها في عقد نكاح فاسد حلت للزوج الأول **مسألة** قال ولا يحل للرجل المسلم نكاح الذمية ولا الذمي نكاح المسلمة نص في الأحكام على تحريم نكاح الذميات على المسلمين ونبه على ما ذكرنا من تحريم نكاح المسلمة على الذمي فهو مما لا خلاف فيه بين المسلمين فلا وجه للاستقصاء فيه وأما تحريم الذميات على المسلمين فهو قول القاسم والناصر عليهما السلام واختلفت الرواة في ذلك عن زيد بن علي عليهم السلام وحكاه أبو العباس الحسني رحمه الله عن محمد بن عبد الله عليه السلام وعن ابن عمر في مسائل الخلاف والذي يدل على صحة ما ذهب إليه الهادي عليه السلام من تحريمهن قول الله سبحانه ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن فالآية تحرم سبحانه علينا نكاح المشركات وإنكاح المشركين **فإن قيل** هذا يفسد من وجهين أحدهما أن الأظهر عند أصحابنا أن النهي يدل على فساد المنهي عنه وأنه لا يمنع من وقوع الصحيح فعلى هذا الوجه يسقط هذا السؤال ويوضح هذه الطريقة ما عرف من أحوال الصحابة والتابعين ومن بعدهم إلى يومنا هذا أنهم كانوا يعرفون لا فساد العقود والعبادات على وجه قد نهي عنه كما رد ذلك في الربا وبيع الغرر ونكاح المحرم والاغتسال وما يليه **والوجه الثاني** لا خلاف أن وقوع المنهي عنه إذا كان على وجه أخل بشرط جعله الشرع شرطاً في صحته ذلك لا يصح موقعه الصحيح والآية قد دلت أن الإيمان شرط في نكاح المسلم إياها بقوله ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن فنبه سبحانه على أن الإيمان شرط في صحة نكاحهن فإذا لم يحصل الشرط يجب أن يقع فاسداً **فإن قيل** فهذا وارد في المشركات فمن أين لكم أن تحملوا الذميات على حكمهن **قيل له** اسم الشرك لا يستعمل في الشرع على ما يقتضيه اللغة لأن ذلك لو كان كذلك لجاز أن يقال للمؤمن إنه مشرك إذا أشرك غيره في سلعة أو عمل ونحوهما ولما لم يجز ذلك علم أنه قد جعل في الشرع اسماً لكل من جحد النبوة فكل من كان كذلك فاسم الشرك يتناوله بإطلاق الشرع على أن الله تعالى قد وصفهم بأنهم مشركون بقوله تعالى اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله على أنه لا خلاف في قوله سبحانه يا أيها النبي إذا جاءك المؤمنات يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئاً أنه ليس المراد به مقصوراً على أن لا يثبتن لله سبحانه شريكاً بل كان المراد أن يؤمن بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم وجميع ما جاء به فإذا لم يجد به وبما جاء به من الشرك على أنه لا خلاف بين المسلمين أنا لو تمكنا من بلاد الروم لقتلناهم بعموم قوله تعالى اقتلوا المشركين مع كونهم نصارى كما نقتل أهل الأوثان فبان أن اسم الشرك يتناولهم على أن الدلالة لو ترتب في ذميته يهودية لسقط هذا الاعتراض لأن الله سبحانه قال ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن فهذه مشركة لم تؤمن بل تهودت فالتحريم باق على حاله وإذا ثبت ذلك في اليهودية التي كانت من قبل ذميته فلم يفرق أحد من المسلمين بينها وبين التي لم تزل يهودية وبعد على ذلك ما أخبرنا أبو الحسن علي بن إسماعيل حدثنا ابن سليمان حدثنا محمد

تحريم نكاح الذمية

لم تحريم نكاح الذمية

بن شجاع حدثنا معلى عن عيسى بن يونس عن ابي بكر عن عبد الله بن ابي مريم عن علي بن ابي طلحة
عن كعب بن مالك انه اراد ان يتزوج يهودية او نصرانية فسأل النبي صلى الله عليه وآله
وسلم عن ذلك فقال انها لا تحصنك وروى ابو العباس الحسني رحمه الله عليه في النصوص
باسناده ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى كعب بن مالك وفي بعض الاخبار دعها فانها
لا تحصنك فليس يخلو المراد بالاحصان من احد امرين اما ان يكون الاحصان الذي يسمى
معه الزاني الرجم او احصان العفاف ولا يجوز ان يكون الاحصان الذي يسمى معه الرجم لان القول
من النبي صلى الله عليه وآله وسلم خرج مخرج التنفير عن هذا النكاح والتزهيد ولا يجوز ان يزهد
الانسان في فعل اذا فعله كان معه ابعد من استحقاق القتل الى السعة مثله لا يصح من
عاقل فثبت ان المراد به لا يكسبك العفاف لان المسلمة والكتابية في هذا سوا فلم
يبق الا ان يكون المراد لا تبقيك على العفاف ولا يجوز ان يكون فعل من الافعال لا يبقى فاعله
على العفاف الا اذا كان محرما فثبت بذلك تحريم نكاحهن على المسلمين على ان الدلالة قد
دلت على ان اهل الذمة يكون لهم الاحصان الذي يسمى معه الرجم فلو كان المراد ايضا ذلك الاحصان
لكان يفيد ان النكاح ايضا لا يصح لان كعبا كان قد حصل له جميع الشرائط الموجبة للاحصان
من الاسلام والبلوغ والعقل ولا يجوز ان يكون نفي الا النكاح بقوله صلى الله عليه وآله وسلم
انها لا تحصنك يفيد ان النكاح بينك وبينها لا يصح اذ لا يصح حمله على ان الاحصان
يمتنع منه كونها من اهل الذمة لقيام الدلالة على خلافه ويمكن ان يستدل بقوله تعالى ومن لم يستطع
منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات فشرط
الايمان في الحرائر والمملوكات فثبت انه شرط في صحة نكاحها ومما يمكن ان يعتمد عليه في هذا الباب
قوله عز وجل الخبيثات للخبيثين والخبيثون للخبيثات والطيبات للطيبين والطيبون
للطيبات فجعل جنس الخبيثات والخبيثين ~~للخبيثات والطيبات~~ الطيبات للطيبين والطيبات
بعضهم لبعض فدل ذلك على ما قلناه فان استدلوا بقوله تعالى اليوم احل لكم الطيبات
وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم الى قوله والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين
اوتوا الكتاب قيل له المراد به اللواتي اسلمن والذين اسلموا منهم فان قيل
كيف يطلق عليهم اسم اهل الكتاب بعد الاسلام قيل له لا يمتنع ذلك وقد قال الله تعالى
وان من اهل الكتاب لمن يؤمن بالله واليوم الاخر فاجرى سبحانه اسم اهل الكتاب
مع الايمان والخشوع عليهم وقال سبحانه ولو ان اهل الكتاب امنوا واتقوا
الى قوله منهم امة مقتصدة وكثير منهم ساء ما يعملون فجعل منهم مؤمنين وجعل
منهم امة مقتصدة فان قيل هذا وان ثبت في بعض المواضع فليس هو الظاهر
في الشرع فمن اين لكم ان المراد في هذه الاية ما ذكرتم قيل له يدل على ذلك امران احدهما

يعني في الاول مؤمنين وفي الاخرى مقتصدة

من نسخ الآية على وجه يدل عليه والثاني الخبر الوارد عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأما
ترتيب الآية فهو أن الله تعالى خاطبنا فقال اليوم أحل لكم الطيبات ثم قال وطعام
الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ثم ابتدأ بعد ذلك تحليلا آخر فقال وطعامكم
حل لهم ثم عطف عليه والمحصنات من المؤمنات فدل ذلك على أن المحصنات من المؤمنات
حل لهم ليكون تحليلهن معطوفا على تحليل طعامنا لهم فوجب كون المؤمنات حلالا لهم
وهذا لا يصح إلا بعد إسلامهم لأنه لا خلاف أن نكاح المؤمنات لا يحل لهم مع بقائهم
على الكفر فدل ذلك على أن المراد بقوله تعالى أهل الكتاب في هذه الآية هم
الذين أسلموا منهم وكذلك قوله والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب اللواتي أسلمن
إذ لم يفرق أحد بين الموضعين فإن قيل ما أنكرتم أن يكون قوله والمحصنات
من المؤمنات راجعا إلى أول الآية حيث يقول وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وإلى
الذي يليه قيل له إن جاز لكم ما ادعيتموه مع أنه صرف لترتيب الآية عن ظاهره جاز لنا
أن نقول والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب راجع إلى الكتابيين حتى يكون
تقدير الكلام وطعامكم حل لهم والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب فيكون المحصنات
من المؤمنات حلا للمؤمنين والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب حلا للذين أوتوا الكتاب وكله
الأمر في نسائهم في استعمالهم هذه الآية لأنا جعلنا قوله الذين أوتوا الكتاب وقوله
والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب في حكم المصروف عن الظاهر وهم جعلوا الترتيب والنظم
في حكم المصروف عن الظاهر وسلم لنا ما بيناه وسقط تعلقهم بالآية والوجه الثاني الذي
يدل على أن المراد بقوله والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب اللواتي أسلمن منهن دون
المقيمات على الشرك ما رواه نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله
وسلم من أشرك بالله فليس بمحصن فدل ذلك على أن إطلاق اسم الإحصان عليهن يقتضي
غير مشركات بالله وأنهن مسلمات فإن قيل إذا كان المراد بقوله والمحصنات من الذين أوتوا
الكتاب اللواتي أسلمن منهن فما الفائدة بذلك فإنهن وسائر المسلمات سواء قيل له
إن العرب الذين كانوا بمكة ولو يكن إسلامهم عن اليهود والنصارى كانوا يأنفون من التزويج بمن
اليهود والنصارى ونساهم ولهن فأنزل الله تعالى هذه الآية وأزال ذلك الذي في نفوسهم
فإن قيل فقد روي عن جابر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال أحل لنا نساء أهل الكتاب
وأحل لنا نساؤهم وحرم عليهم أن يتزوجوا نساءنا قيل له هذا حديث ضعيف لا نعرفه مع أنه من صحيحهم
يمكن أن نتأوله فنقول أحل لنا إذا أتاهم نساؤهم إذا أسلموا وحرم عليهم نساءنا ما داموا على الكفر
ويكون الفائدة فيه ما ذكرناه في الآية وأجمع أكثر أهل العلم على أن المسلم لا يجوز له نكاح المجوسية
ولا خلاف أنه لا يجوز نكاح الوثنية وكذلك نكاح الكتابية قياسا عليهما والعلة أنها كافرة ولا
خلاف أيضا أن الذمي لا يجوز له نكاح المسلمة وكذلك المسلم لا يجوز له نكاح الذمية قياسا عليه والعلة

فان قيل عطف على طعامكم حل لهم لزمه معارض بعطفه على الطيبات ... والله اعلم

انهما على ملتين مختلفتين او يقال لانهما لا يتوارثان مع صحة كون كل واحد منهما وارثًا وموروثًا
وايضا وجدنا الرضاع لما كان طارئه على النكاح مفسدا له وجب ان يمنع الصحة مما يطرأ عليه
من النكاح فوجب ان يكون الكفر يمنع من صحة ما يطرأ عليه من نكاح المسلم قياسًا
على الرضاع بين طروه على نكاح المسلم يفسده ولا خلاف يساوي بينهما فيجب ان المسلم
لا يجوز له نكاح الامة الكتابية والعلة انها كافرة ونكشف ان العلل التي ذكرناها بها
يتعلق الحكم في الاصول التي قسنا عليها انه يوجد بوجودها ويعدم بعدمها وكل هذا يعم
الكفر على بعض الوجوه لابطال النكاح فان قيل يجد الكفر على ثلاث طبقات منها اغلظ
واوسط واخف فاما الاغلظ كفرا فهم عبدة الاوثان الا ترى انهم لا يؤخذ الجزية منهم ولا يقرون
على دينهم والاوسط كفرا هم المجوس لانهم يقرون على دينهم ويؤخذ منهم الجزية والاخف كفرا هم
اهل الكتاب فوجب ان يتميزوا عن المجوس ولا يتميزون الا بما ذكرناه من استباحة نسائهم وذبائحهم
قيل له هذا اعتبار يبطله النص وهو قول النبي صلى الله عليه واله وسلم سنوا بهم يعني المجوس
سنة اهل الكتاب فيجب ان لا يفرق بينهم وبين المجوس على ان المسلمين اجمعوا على انه لا يفرق بينهم
فان المسلم لا يحل له الاخذ منهم وكذلك لا يمتنع ان لا يفرق بينهم وان وافقه منهم لا يجوز ان يتزوجها
مسلم والتمييز بينهم في كل وجه لا يجب ولا معنى لدعوى من يدعي الاجماع في اباحة نكاحهن
فقد ذكر ابو العباس الحسني رحمه الله في النصوص ذلك عن عدة من اهل البيت عليهم السلام
ما اشار اليه مسألة قال وكذلك القول في اهل كل ملتين مختلفتين لا يزوج اليهودي
نصرانية ولا النصراني يهودية هذا منصوص عليه في الاحكام ووجه هذه المسألة
بيان تحريم الكتابيات على المسلمين اذ لا خلاف في تحريم المسلمات على الكتابيين وقد مضى
في تحريم الكتابيات على المسلمين ما فيه كفاية ثم بيان ان ملل الكفر مختلفة ووجه
بيان ابي العباس فيه والذي يدل على ان الكفر ملل مختلفة انا وجدنا ما يتمسك به كل فريق
منهم من دين وشريعة يخالف بعضه بعضا في اصله وفرعه ومورده ومصدره فيكون مللا
مختلفة الا ترى انا لا نقول ان موسى وهرون وداود وسليمان عليهم السلام مللهم مختلفة بل نقول
انهم كانوا على ملة ولكنه لما كانت شريعتهم شريعة واحدة لم يكن يخالف بعضها بعضا على
الوجه الذي ذكرناه ولا يمتنع ان نقول ان عيسى وموسى ومحمدا عليهم السلام مللهم مختلفة
لما كان في شرائعهم الاختلاف على الوجه الذي ذكرناه وان كان يجمع جميعهم الايمان والهدى فان
قيل فيلزمكم على هذا ان يكون المسلمون على ملل مختلفة لانهم قد اختلفوا في الاصول والفروع
قيل له معاذ الله من ذلك فانهم لم يختلفوا في اصول الشريعة ولسنا نعني بالاصول ما
قدمناه الا ترى انهم لا يختلفون في ان ما جاء به محمد صلوات الله عليه ولم ينسخه حق فكل ما ثبت
من شريعته فهو الذي يجب التمسك به وانما اختلفوا في تاويل ما ثبت عنه او في صحة النسخ وليس

كذلك حال اليهود والنصارى فان مخالفة بعضهم لبعض على حد مخالفة المسلمين لهم ولكل
واحد منهم ومخالفتهم ومخالفة كل واحد منهم للمسلمين فان ما ادعيناه من ان مللهم مختلفة
دل عليه الله سبحانه على ذلك بقوله تعالى وقالت اليهود ليست النصارى على شيء وقالت النصارى
ليست اليهود على شيء ولا يجوز ان يحمله على انه نبههما على ما على المناظرة وانما هو نبه على اختلاف
احكامهم التي لا تجوز الا مع التفرقة **فان قيل** فقد قال الله تعالى لنبيه قل يا ايها الكافرون
لا اعبد ما تعبدون الى قوله تعالى لكم دينكم ولي دين فجعل ما هم عليه دينا واحدا فدل على
انه ملة واحدة **قيل له** تسميته جميع ذلك بما ذكرتموه لا يدل على ما ذكرتموه وعلى انه ملة واحدة
الا ترى انه قال لنبيه عليه السلام بعد ما عدد انبياءه الماضين اولئك الذين هدى الله فبهداهم
اقتده وامره سبحانه بما كانوا عليه يجري هذا وان اختلف ولم يمنع ذلك من ان يكون لهم ملل مختلفة
ولا وجه لامتناع من منع من ان مللهم عليهم السلام يجوز ان يختلف لان الملة اسم للشريعة وهو جنس
من الاملال الذي هو الاملاء والاختلاف ان شرائع كثير منهم قد اختلفت ولهذا لم يمتنع كثير من اصحابنا
المتكلمين من اطلاق القول في المجبرة والمشبهة مع ثبوت كفرهم انهم من اهل ملتنا الا انها ليس يعنيا
ولا احتفظ حلا فان الفاسق يقال له من اهل ملتنا وان كان لا يجري عليه اسم الايمان ومما
يدل على ذلك ما رواه ابو بكر الجصاص في شرحه مختصر الطحاوي باسناده عن ابي سلمة عن ابي هريرة
قال قال رسول الله لا تجوز شهادة ملة على ملة الا ملة الاسلام فانها تجوز على الملل كلها
فاثبت النبي صلى الله عليه واله وسلم بظاهره قوله ثلاث ملل لان الملل جمع ملة واقل الجمع عندنا ان
يكون ثلاثة وهذا نص على ما ذهبنا اليه لان من خالفنا يقول ليس ثم الا ملتين ملة الكفر وملة الاسلام
فاذا وجبنا ثبات ملة ثالثة بظاهر قوله صلى الله عليه واله وسلم ثبت ان الكفر ملل **فان قيل**
ما انكرتم على من قال لكم انه اطلق لفظ الملل واراد ملتين فعبر على الاثنين بلفظ الجمع **قيل له**
حقيقة الجمع لا يكون اقل من ثلاثة وانما يجري لفظ الجمع على الاثنين على سبيل المجاز واذا كان هذا هكذا
لم يصح ما قالوه لانه يؤدي الى صرف قوله صلى الله عليه واله وسلم عن الحقيقة الى المجاز **فان قيل**
الستم تقولون ان من ينتقل الى اليهودية او النصرانية او المجوسية لم يخل بينه وبين ما صار اليه وكنتم تقولون
ان الكفر ملل مختلفة قيل لهم ان الاكراه والقتل لا يتعلق بالانتقال من ملة الى ملة فقط حتى يكون
للملة التي انتقل عنها صفة وللملة التي انتقل اليها صفة وان يكون التي انتقل عنها ملة الاسلام
الا ترى ان من انتقل من ملة الكفر الى ملة الاسلام لا يمنع منه فاذا ثبت ذلك فنحن خلينا بين من سأل عنه
وبين ما صار اليه لانه لم ينتقل عن ملة الاسلام وانما انتقل عن ملة كفر الى ملة كفر واذا ثبت ما بيناه
من اختلاف مللهم ثبت ان مناكحة بعضهم لبعض لا تصح لاختلاف مللهم وليدل ان المناكحة بين المسلمين
والذميين لا تجوز وكذلك يبين انه لا توارث بينهم لقوله صلى الله عليه واله وسلم لا يتوارث بين
اهل ملتين شتى ثم يقال لهم لو ثبت بينهم التوارث مع كون كل واحد منهم دارا او موردا
لوجب ان لا يصح التناكح قياسا على الذمي والمسلم لاختلاف فيه او قياسا على اهل الملل واهل

التلاوة هنا انه فبهداهم اقتده

ها هنا الحدهم على التصلي في الحج

الزمه اذا قد دللنا عليه **مسألة** قال ولا يحل للرجل ان يتزوج امة الا ان لا يجد السبيل
الى الحرة وهذا ما قد نبه عليه يحيى بن الحسين عليه السلام في الاحكام والمنتخب وذكر ابو العباس الحسني
رضي الله عنه ان ابن جهشيار روى عن القاسم عليه السلام حظر نكاحهن على الحر الا باجتماع
معنيين عدم الطول وخشية العنت وبه قال الشافعي قال ابو حنيفة يجوز ذلك ان لم يكن
عنده حرة **والدليل** على هذا قول الله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات
فمن ما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ولا يخلو المراد به من ان يكون اباحة نكاحهن او جعل عدم
الطول شرطا في استباحة نكاحهن وحمله على ان عدم الطول شرط في نكاحهن واستباحته اولى
من حمله على الاباحة لانا قد علمنا وعقلنا الاباحة من سائر الظواهر كقوله تعالى فانكحوا
ما طاب لكم من النساء وقوله عز وجل واحل لكم ما وراء ذلكم وقوله وانكحوا الايامى منكم والصالحين
منكم فلو حملنا ما ذكرنا على الاباحة حملناه على التكرير ولم نجعل له فائدة واذا حملناه على الوجه
الذي ذكرنا جعلنا له فائدة وحمل الآية على وجه يفيد اولى من حملها على التكرير واذا ثبت
ان حملها على هذا الوجه اولى ثبت ان عدم الطول شرط في استباحة نكاحهن وعلى هذه الطريقة
يستدل بقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم **فان قيل** فقوله تعالى فان خفتم الا تعدلوا
فواحدة او ما ملكت ايمانكم يدل على التخيير بين الحرة والمملوكة في عقد النكاح وفي هذا صحة ما ذهبنا اليه
وفساد مذهبكم **قيل له** الآية لا ظاهر لها فلا يصح التعلق بها وذلك ان التخيير لا يصح بين واحدة
وبين ما ملكت اليمين لان التخيير لا يصح بين الشيئين الا اذا لم يكن احدهما داخلا في الآخر الا ترى
انه لا يصح ان يقال رأيت اليوم رجلا او شيخا لان قولنا شيخا يستوي على قولنا رجلا وانما يصح ان يقال
رأيت رجلا او امرأة واذا كان ذلك كذلك فقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم يتضمن قوله فواحدة فلا
يصح التخيير فلا بد من ان يقدر او واحدة حرة حتى يستوي ما ادعوه واذا ثبت ذلك قلنا ان نقول
ان تقديره فواحدة او وطء ما ملكت ايمانكم واذا احتمل في جانب كل واحد منهما ما ذكرناه بل
حصل التساوي وبطل تعلقهم بالآية على انه لا يمتنع ان يكون تعالى اراد بقوله جل ذكره العقد في
الحرائر والوطء في الاماء فيحمل في الاماء على الوطء وفي الحرائر على العقد فيبطل التخيير الذي ادعوه وهكذا
قوله تعالى الم تر ان الله يسجد له من في السموات ومن في الارض والشمس والقمر فاراد بقوله يسجد ظهور
آثار الذل والخضوع فيما ذكر من الجمادات والبهائم والسجود المخصوص فيما ذكر من كثير من الناس
لانه لا يجوز ان يكون اراد السجود المخصوص فيما ذكر من الجمادات والبهائم لان ذلك لا يتأتى منها
ويستحيل ولا يجوز ان يكون اراد ظهور آثار الذل والخضوع من كثير من الناس لانه لو اراد
ذلك تعالى والناس لم يقل وكثير من الناس لان آثار الذل والخضوع ظاهرة من جميع
الخلائق الناس وغيرهم في ذلك سوى **فان قيل** يحمل قوله تعالى ومن لم يستطع
منكم طولا ان ينكح المحصنات على الوطء فكأنه سبحانه قال من لم يستطع منكم وطء الحرائر لانه
لا يملك بضع واحدة منهن فمما ملكت ايمانكم **قيل له** هذا صرف للآية عن ظاهرها لان النكاح

عند

عندنا خفيفة في العقد فلا يمنع التعلق بالعقد ولا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة أنه إذا كانت تحته حرة لم يجز له أن يتزوج بالأمة فكذلك إذا تمكن من نكاحها والعلة أنه قادر على الحرة فوجب أن لا يجوز له نكاح الأمة والأصول تشهد لصحته علتنا لأن القدرة على تحصيل الشيء تجري مجرى حصوله إذا أراد أن يتيمم لما لم يجز مع وجود الماء لم يجز مع التمكن من الوصول إليه وكذلك الصيام لما لم يجز في كفارة القتل والظهار مع وجود الرقبة لم يجز مع تمكن الوصول إليها ومكان يعالج هو حر عتق عن استرقاق ولده فوجب أن لا يجوز له ابتداء نكاح الأمة دليله لو كان عنده حرة وقياسنا أولى من قياسهم واجتزا الطول على من لم يجد بجملة أنه عبر بما لك لفراش حرة لين قياسنا ما ثبته النص عليه وقياسهم على ضد ما ثبته النص عليه وقياسنا يعتبر كلما طرأ فأثابه الشرع وقياسهم ينفيه وقياسنا يقتضي الحظر وقياسهم يقتضي الإباحة **مسألة**

قال **فإن** تزوج الأمة ثم وجد السبيل إلى الحرة أحببت له فراقها وكره له إمساكها وقد نص في الأحكام والمنتحل أن نكاح الأمة لا ينفسخ بوجود السبيل إلى الحرة وهذا مما لا خلاف فيه خلافًا لما ذكر عن المزني أنه كان يقول إن نكاح الأمة ينفسخ بزوال الشرط المبيح له ويحكى نحوه عن ابن جرير عن مسروق وهذا فاسد لأن أحد الشرطين هو خوف العنت ولا خلاف أنه إذا زال لم يبطل نكاح الأمة وإن كان لا بد منه في ابتداء العقد فكذلك الشرط الآخر الذي هو عدم الطول والعلة أنه أحد شرطي جواز نكاح الأمة **فإن قيل** خوف العنت يعود بعد النكاح لأنه ارتفع **قيل له** إذا ارتفع فلا معنى لكم ارتفاعه وصح قياسنا على الذي ادعوه من ارتفاعه بوجود النكاح لا معنى له فقد يجوز أن يرتفع بمعارض غير وجود النكاح ولا خلاف أن العدة وإن منعت ابتداء عقد النكاح فإن طروها على النكاح لا يفسخه فكذلك وجود الطول إلى الحرة يجب أن لا يفسد نكاح الأمة والمعنى أنه لعلة أنه معنى له مدخل في منع النكاح ويختص بأحد الزوجين فيتبين صحة هذه العلة وإن كان يمنع ابتداء النكاح أن الرضاع والردة لما منعا ابتداء النكاح وأبطل طروهما النكاح لم يختصا بأحد الزوجين بل كان حصول كل واحد منهما من جهة كل واحد من الزوجين على سوى وأيضًا وجود الإحرام لا يفسد طروه على النكاح وإن كان يمنع ابتداء النكاح فكذلك ما اختلفنا فيه من وجود الطول والمعنى أنه سبب لا يثبت بحكمه ولا هو مقتضيه والأصول شاهدة لنا لأن شيئًا منها لا يوجب فسخ شيء من العقود والعادة لطروه لنبأن ووجه استحبابنا لفراقها لئلا يحصل به استرقاق الولد فاستحب للرجل استعادة ولده من الرق إذا أمكنه فكان أولى من ذلك أن يستحب له أن يتوقى استرقاقه وهذا الذي ذكرناه من الاستحباب منصوص عليه في المنتقى **مسألة** قال ولا بأس للعبد أن يتزوج الحرة إذا رضي سيده وعرف الحرة

بوجود السبيل إلى الحرة

في المنتقى

انه عبد وهذا منصوص عليه في الاحكام لا خلاف ان نكاح العبد لا يجوز الا باذن سيده وقد روى
ابو داود في السنن باسناده عن جابر انه قال قال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ايما عبد
تزوج بغير اذن مواليه فهو عاهر وفي حديث زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام
قال قال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو زان
واشترطنا ان تعرف الحرة انه عبد لانها لو لم تعرف ذلك كانت مغرورة وكان لها فسخ النكاح
على ما نبينه من بعد على انه لا خلاف في جواز النكاح الذي ذكرناه ووصفناه وانما الخلاف
فيه اذا لم يقع على هذا الوجه وسنبينه فيما بعد في موضعه مسألة ولا باس ان
تزوج المراة غير كفو ان رضيت ورضي الولي بها واراد ذلك الولي وقال في الاحكام
في ذكر الاكفاء والاولياء هم الناظرون في امرهن والمخيرون بحرماتهم فنبه على ان لهم الخيار في
ذلك فلا يكون ذلك الا بموافقة المراة بذلك فلما انهم اذا رضوا بغير كفو ورضيت المراة جاز
النكاح ثم قال فان كرهوا احد لم يلزموا فكان ذلك نصا في ان لهم منعها من ان تنكح غير كفو
وروى ابو العباس الحسني رحمه الله تعالى عن محمد بن منصور قال سمعت القسم عليه السلام يقول لو ان
رجلا كان من ابناء الفرس ممن يرضى دينه رايت ان ازوجه عربية فكان ذلك نصا فيما ذكرناه من
ان المراة والاولياء اذا رضوا بمن ليس بكفو جاز النكاح وهو قول عامة العلماء وحكي عن قوم انه لا يجوز
والذي يدل على ذلك قول الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وقوله سبحانه فانكحوا ما طاب
لكم من النساء ولم يستثن ذات حسب من غيرها وروى ابو داود في السنن باسناده عن ابي
هريرة ان ابا هند حجم رسول الله صلى الله عليه واله وسلم في اليافوخ فقال النبي صلى الله
عليه واله وسلم يا بني بياضة انكحوا ابا هند وانكحوا اليه وروي ان النبي صلى الله عليه واله وسلم
زوج ضباعة بنت عمه الزبير بن عبد المطلب المقداد بن عمرو وروي ان زيد بن حارثة
تزوج وهو مولى زينب ابنة جحش وهي قرشية وتزوج بلال هالة بنت عوف اخت عبد الرحمن
بن عوف وزوج النبي صلى الله عليه واله وسلم ابنته من عثمان واخرى من ابي العاص وزوج
امير المؤمنين عليه السلام ابنته عمر بن الخطاب وروي ان سلمان خطب الى عمر ابنته
فانعم له فشق ذلك على ابنه عبد الله فذكر ذلك لعمرو بن العاص وسأله ان يدبر في صرف
سلمان فقال هنيئا لك يا ابا عبد الله تواضع لك عمر فقال الي تواضع والله لا تزوجتها
فدلت هذه الاخبار على صحة النكاح على الوجه الذي ذكرناه ولان ذلك حق لهم فاذا تركوه جاز
كالمهر لما كان للمراة حقا جاز ان ترضى بدون مهر مثلها او وجبه ولئن الولي اذا ابى
من ليس بكفو لم يجز النكاح ان الكفو قد ثبت انه مراعى في النكاح لما نبينه من بعد واذا ثبت ذلك
كان للولي ان يمنعها من النكاح لمن ليس بكفو اذ ذلك حط للولي لما يدخل عليه من الغضاضة

ولما ان

من الحضانة وله ان يمنعها من ذلك لانه حق له وله ان يسقطه ويخففه وذلك كما لها اسقاط سائر
حقوقها وروي ان ام سلمة لما خطبها النبي صلى الله عليه وآله وسلم قالت انه ليس احد من
اوليائي فقال صلى الله عليه وآله وسلم ليس احد من اوليائك حاضر او غائب الا وهو
يرضاني فبين الاحوال التي هو صلى الله عليه وآله وسلم عليها ما اخرجها على الاولياء
الرضا به ولو لم يكن رضاهم معتبرا لم يقل ذلك ولعلل ذلك في حضورهم وغيبتهم ويدل
على ذلك قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن
اذا تراضوا بينهم بالمعروف وليس ها هنا معروف يتعلق بالمناكحة للاولياء الا النظر في امر
الاكفاء فدلت الاية على ان للاولياء المنع لهن ان ينكحن شرطا ان يضعن انفسهن
في الاكفاء على انه ليس من المعروف ان تضع الشريفة نفسها في دنيء وما اشبهه وروي
عن سلمان انه قال امرنا ان ننكحكم ولا تنكحوا الينا مع انه خطب الى عمر ابنته فدل ذلك
على ان المراد بذلك اذا لم يرض به الاولياء وروي عن عطاء عن جابر قال قال النبي صلى الله
عليه وآله وسلم لا يزوج النساء الا من الاكفاء ولا مهر دون عشرة دراهم واذ قد
ثبت فيما مضى جواز نكاح من ليس بكفؤ دل على ان المراد في هذا اذا كره الاولياء وعن عمر
قال بحضرة الصحابة لامنعن ذوات الاحساب الا من الاكفاء ولم يخالف
فيه فثبت ما قلناه **مسألة** قال والكفؤ يكون في الدين والنسب جميعا
وهذا منصوص عليه في الاحكام ومروي عن القاسم عليه السلام وقال في الاحكام الكفؤ
في الدين والنسب فقط ترك سهل انه لا يرى غيرهما وجعل زيد بن علي عليه السلام الكفؤ في الدين
لا غير وهو قول الناصر عليه السلام قال ابو حنيفة الكفؤ في المال والحسب والدين وقال
ابو يوسف نحوه وزاد الصناعات وقال محمد هو في الحسب والمال ولم يراع الدين
والذي يدل على ان الدين يجب ان يكون مراعا في الاكفاء ما روي عن النبي صلى الله عليه
وآله وسلم انه قال اذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه الا تفعلوه تكن فتنة في الارض
وفساد كبير فراعا صلى الله عليه وآله وسلم الدين ولم يامر بالانكاح الا ان يكون الخاطب
ممن يرضى دينه وايضا وجدنا الانسان يشرف من جهتين احداهما افعاله والثانية احواله
التي هي غير افعاله فلما اعتبرنا الاعلى الاحوال التي هي غير افعاله مدخلا في الاكفاء وهو النسب
وجب ان يكون للاعلى الافعال ايضا مدخل فيه وهو الدين والعلة انه احرى حتى يشرفه
على ان وجدنا الدين له مدخل في انساد النكاح فهو اولى ان يكون معتبرا في الاكفاء
ويعضده قوله تعالى لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله
ورسوله وقد علمنا ان الانكاح هو الموادة واذا نهى المؤمن عن موادة من حاد الله ورسوله
فهو منهي عن مناكحته لحرمته واذا ولدها امتنع منه لا يكون عاضلا واذا لم يكن عاضلا

لم يجز نكاحها دونه فثبت بذلك ان الدين مراعى في الاكفاء على ان الآية مما يصح ان يعتمد عليها
لابتداء الدلالة واما ما يدل على ان النسب مراعى فيه فهو ما روي عن ابن عمر وعائشة عن النبي
صلى الله عليه وآله وسلم انه قال العرب اكفاء بعضها لبعض قبيلة بقبيلة وحي بحي ورجل
برجل والموالي بعضها اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة وحي بحي ورجل برجل فدل ذلك على ان النسب
مراعى في الاكفاء ولولا ذلك لقال المسلمون بعضهم اكفاء لبعض الا ترى انه صلى الله عليه وآله
وسلم ذكر المسلمين فقال تتكافأ دماؤهم ونص الاكفاء الذي بينهم على الدماء ولم يقل بعضهم اكفاء
لبعض فبان ما ذكرناه ان النسب مراعى فيه ويدل عليه قول سلمان امرنا ان لا ننكحكم ولا نؤمكم
وكان رحمه الله من اكابر المسلمين وعلية الصحابة فدل ذلك على ان للنسب مدخلا فيما ذكرناه ويدل
ان للنسب مدخلا في الفضل ما اخبرنا به ابو سعيد الابهري حدثنا الحسن بن نصر حدثنا بشر بن بكر
حدثنا الاوزاعي حدثنا ابو عمار حدثني واثلة بن الاسقع قال قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم
ان الله اصطفى كنانة من بني اسمعيل واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني
من بني هاشم ولا حكم يتعلق بما ذكر صلى الله عليه وآله وسلم من جهة الشرع الا الاكفاء في النكاح وما
ذكرناه من القياس على من يراعى فيه النسب ولو يراعى الدين لكان يستدل به على من يراعي الدين ولم
يراع النسب على ان النكاح يعتبر فيه الغضاضة الا ترى انه يكره تزوج الحرة الامة والامة لا تزوج
على الحرة وقد علمنا ان اكبر الغضاضة في الامور الدنياوية هي الغضاضة التي ترجع الى الانساب فوجب
ان تكون معتبرة في الاكفاء ويبين ان غير النسب لا يراعى بعد الدين قوله صلى الله عليه وآله وسلم
العرب بعضها اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة وحي بحي ورجل برجل ولم يعتبر المال والصناعة
ومما يدل على ان المال لا يجب ان يعتبر في الاكفاء ما اخبرنا به محمد بن عثمان النقاش حدثنا الناصر
للحق عليه السلام عن محمد بن منصور عن حسين بن خالد عن حصين عن جعفر عن ابيه قال قال رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم من ترك التزويج مخافة الفاقة فقد اساء الظن بالله ان الله تعالى يقول ان
يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم فدل قوله صلى الله عليه وآله وسلم
على قبح ترك التزويج مخافة الفاقة اذ جعل ذلك من اساءة الظن بالله واذا كان ذلك كذلك لم يصح
ان تكون المالية مما يراعى في الاكفاء اذ لو كان المال مما يراعى في الاكفاء لم يكن المراعي للعسرة
مذموما واذا لم يجب ان يراعى فيه المال لم يجب ان يراعى فيه الصناعة اذ لم يجعل امر الصناعة
اكد من المال مسألة قال ولو ان رجلا وطئ امرأة حراما او شبهة لم يحرم عليه
امها ولا بنتها ولا تحرم هي على ولد الواطئ ولا والده وكذلك ان وطئ ام امرأته او بنتها لم تحرم
عليه امرأته وكذلك ان وطئ الرجل امرأة ابنه لم تحرم على زوجها وهذا منصوص عليه في
الاحكام وهو قول الشافعي الا في الشبهة قال ابو حنيفة جميعه يحرم والدليل على صحة
ما ذهبنا اليه قول الله تعالى وانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله سبحانه وانكحوا الايامى منكم

ولم

ولم ينتقض ما ذكرناه ويدل على ذلك حديث نافع عن ابن عمر قال قال النبي صلى الله عليه وآله
وسلم لا يحرم الحرام الحلال ويدل على ذلك حديث عبد الله بن نافع المدني عن المغيرة بن إسماعيل
عن عثمان بن عبد الرحمن عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم سئل
عن الرجل يتبع المرأة حراماً أينكح ابنتها أو يتبع الابنة حراماً أينكح أمها قال لا يحرم الحرام
الحلال إنما يحرم ما كان نكاحاً حلالاً فدل الخبر على ما ذهبنا إليه من وجوه أحدها أن السائل
لما سأل عن إتباع المرأة حراماً أجاب صلى الله عليه وآله وسلم بما دل على أنه لا يحرم وإتباع المرأة
حراماً كناية في العرف عن الزنا والثاني قوله صلى الله عليه وآله وسلم لا يحرم الحرام الحلال يوجب
بهذا الظاهر أن يكون جميع الحرام لا يحرم الحلال إلا ما منع منه الدليل والثالث قوله صلى الله عليه
وآله وسلم إنما يحرم ما كان نكاحاً حلالاً وإنما إذا دخل في الكلام دل على تخصيص الحكم بما علق به
فثبت أن ما لم يكن نكاحاً حلالاً لا يتبع التحريم به فإن قيل فقد قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم
من النساء والنكاح اسم للوطء فكأنه تعالى نهى عن وطء من وطئها الآباء وفي هذا ثبوت ما ذهب
إليه قيل له إن النكاح حقيقة عرفاً وشرعاً للعقد وهو في الوطء قد صار اسماً عارياً ألا ترى
أنه إذا قيل فلان نكح فلانة لم يعقل منه إلا العقد وكذلك الإنكاح لا يعقل منه إذا أطلق إلا
العقد وكل تحليل أو تحريم علق بهذه اللفظة في الشرع فليس يرجع به إلا إلى العقد والآيات التي ذكر
فيها النكاح المراد بها العقد نحو قوله تعالى فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن وقوله سبحانه وتعالى
فانكحوهن بإذن أهلهن وقوله تعالى إذا نكحتم المؤمنات وقوله فانكحوا ما طاب لكم من النساء
وقوله وأنكحوا الأيامى منكم وكذلك قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا نكاح إلا بولي وشاهدين
المراد به العقد لا خلاف فيه وكذلك ما روي عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه نهى عن نكاح السر
وعن نكاح الشغار ونكاح المتعة فكل ذلك يحقق أن إطلاق الشرع والعرف يوجبان
النكاح هو العقد وإذا ثبت ذلك ثبت أن المراد بقوله ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم العقد فلا يتعلق
به لفظهم فإن قيل فقد روى أهل اللغة أن اسم النكاح كان اسماً للوطء وهو مأخوذ من الجمع
لعن الله ناكح البهيمة قيل له إن صح ذلك فما قلناه لا يعترض ما قلنا لأن الاسم لا يمتنع أن يكون موضوعاً
في أصل اللغة لأمر ثم ينقله العرف أو الشرع أو هما جميعاً فيكون اسماً له فإذا ورد في خطاب الله
تعالى وخطاب رسوله صلى الله عليه وآله وسلم في المنقول إليه أولى ويكون قد صار حقيقة
فيه وجرى فيما وضع له في الأصل مجرى المجاز نحو قولهم دابة إنها كانت اسماً لكل ما يدب ثم صار من جهة
العرف اسماً للبهيمة المخصوصة وكذلك الصلاة كانت في الأصل اسماً للدعاء وحقيقة ثم نقلها
الشرع فجعلها اسماً للعبادة المخصوصة وحقيقة فيها وحقيقة الغائط كان اسماً للمطمئن

من الارض ثم صار من جهة العرف والشرع اسما للعضو الخاص المخصوص وصار حقيقة فيه وصار
استعماله فيما كان وضع له في الاصل مجازا بالعرف المجاز فكذلك قولنا نكاح وان صح فيه
ما ذكروا فقد غلب العرف والشرع عليه وجعلاه اسما للعقد وحقيقة فيه وتعال لهم
لا خلاف بين الامة ان يحرم من عقد عليها الاب على ابنه قد عقل من قوله تعالى ولا تنكحوا
ما نكح اباؤكم من النساء فثبت بالاجماع ان العقد مراد حقيقة كان او مجازا ومذهب
من يخالفنا في هذه المسألة انه لا يجوز ان يراد المعنيان المختلفان بعبارة واحدة فلا
يصح له ادعاء ان الوطء مراد به فيسقط تعلقكم به فان قيل وانتم ايضا لا تقولون ان
من وطء الاب ملكا ليمين على ابنه مراد بالاية فيرجع عليكم ما اعترضتم به علينا قيل له
لم نسلم لكم ما ادعيتموه ولم يمكنكم الاعتصام بالاجماع لان الذي ذكرتموه غير معلوم وما
ذكرناه معلوم اذ لا خلاف في ان الابناء انما تركوا المنع من العقد على التي كان الاباء عقدوا عليها وذلك
مشهور في الاخبار والروايات على انا لو سلمنا ذلك لم يلزمنا ما الزمكم لانا نجوز ان يراد بالعبارة
الواحدة معنيان مختلفان فيسقط هذا السؤال فان قيل فقد روي من نظر الى فرج امرأة لم تحل
له امها ولا ابنتها قيل له هو محمول على وجه يحل بالادلة التي قدمناها على ان الخبر قد قيل انه ضعيف
ومما يدل على ذلك انه وطء لا يوجب تحريم الجمع فيجب الا يوجب التحريم المستدام دليله وطء الميتة والذكور
او يقال هو وطء لا يوجب العقوبة الكاملة فوجب ان لا يقتضي التحريم دليله وطء الذكور او يقال هو
وطء لم يتقدمه امر يحقق التملك او يحله دليله وطء الميتة والذكور ولا خلاف انه اذا زنا بامرأة لم
يحرم عليه نكاح اختها في الحال فوجب ان لا يحرم عليه نكاح امها وابنتها والمعنى انه زنا فوجب ان لا يحرم
الحلال من العقود ويؤكد ما ذهبنا اليه ان الاصول تشهد لنا من حيث تفرق بين الوطء الحلال وبين الزنا
في عامة الاحكام كوجوب العدة ولزوم النسب والنفقة وسقوط الحدود ودرء المأثم وايضا فرد
الوطء الحرام الى الوطء الحرام اشبه من رده الى الوطء الحلال فكان قياسنا اولى لان الحرام بالحرام اشبه
منه بالحلال وما ذكرنا ان من وطئ امرأة بشبهة لم يحرم عليه امها ولا ابنتها ولا عليها ابنه
ولا ابوه وقد نص في الاحكام ان رجلا وابنه لو تزوجا امرأتين ثم ادخلت زوجة كل واحد منهما
على غير زوجها ان هذا الوطء الواقع على سبيل الغلط وقد نص ايضا عليه في المبسوط ونص في الاحكام ايضا
لو تزوج احدهما امرأة والاخر ابنتها ثم ادخلت زوجة كل واحد منهما على زوج صاحبتها على
سبيل الغلط لم يحرم ولا واحدة منهما على زوجها بالوطء الواقع على سبيل الغلط ومعنى قولنا
شبهة هو الوطء الذي لم يتقدمه سبب استباحة ووقع على سبيل الغلط والساهي كالغالط
في هذا ويسوى بينه وبين الوطء الحلال والدليل على ما ذهبنا اليه في هذا الباب قوله تعالى وانكحوا الايامى
منكم وقوله فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وغيرها من الظواهر

الا ان يستثني سبحانه منهما من وطئت امها وابنتها على سبيل الغلط ولا الى وطئها الناكح
او ابوه على سبيل الغلط ويدل على ذلك قوله صلى الله عليه واله وسلم المحرم ما كان نكاحا حلالا لا
وقد علمنا ان الوطء على سبيل الغلط لا يجوز ان يقال فيه انه نكاح حلال على ان اصحابنا قد قالوا
ان ذلك الوطء حرام فاذا ثبت دخل في عموم قوله صلى الله عليه واله وسلم الحرام لا يحرم الحلال فان
قيل فلم قلتم انه حرام وما انكرتم على من قال لكم انه لو كان حراما لكان فاعله عاصيا
ومستحقا للذم قيل له نقول انه حرام لقول الله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون
الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم الاية وهذا قد وطئ من غير زوجة له ولا ملك يمين فيجب ان
يكون من العادين وهذا يوجب ان ما فعله حرام واما كونه عاصيا ومستحقا للذم ففيه
بعض النظر لان العاصي يكون عاصيا بفعل ما كرهه الله منه واستحقاق الذم انما يتبع
لذلك وقد قال اصحابنا من المتكلمين انه لا يجب ان يكون الله تعالى كارها لما يفعل على سبيل
السهو وان كان الفعل قبيحا الا ان ذلك لا يخرج الفعل من ان يكون قبيحا فيجيء ما قلناه
في هذا الوطء انه حرام لان الحرام هو القبيح الذي يقع من المكلف ويؤيد هذه الطريقة قوله
صلى الله عليه واله وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه على انا لو قلنا
انه قد عصى واستحق الذم لم يبعد لانه لا بد ان يكون قد حصل منه بعض التقصير لانه لو امعن حق
التامل واستكشف الحال فضل استكشاف لعلم ما يجهله على ان ذلك الوطء صح انا
المنع منه لانا لو رأينا رجلا يريد ان يطأ امرأة اجنبية لغلطة وقعت له لكان لنا ان نمنعه
من ذلك بكل وجه بل كان يلزمنا ذلك فدل على انه حرام ولذلك استدل كثير من اصحابنا
المتكلمين على ان في افعال الاطفال والبهائم ما يقبح بحسن منعنا لهم من كثير من الافعال
ويدل ايضا على ذلك انه وطء لا يجوز للواطئ المقام عليه مع علمه بصفته التي هو عليها فوجب ان يكون حراما
دليله الزنا والوطء في الحيض والاحرام وغير ذلك من الوطء المحرم فاذا ثبت انه حرام مما ساه
تناوله العموم على ما ذكرناه ومما يدل على ان هذا الوطء لا يقع به التحريم ما اجمعنا والشافعي
عليه من ان الزنا لا يقع التحريم به فكذلك ما اختلفنا فيه والعلة انه وطء لا يصادف نكاحا
ولا ملكا على صحة او شبهة فوجب ان لا يقع التحريم به قياسا على الزنا فان قاسوه
على الوطء الذي يقع منه بشبهة النكاح او الملك كان ذلك شاهدا لقياسنا لان ذلك الوطء لما
صادف شبهة النكاح او شبهة الملك اقتضى التحريم والزنا لما لم يصادف ذلك لم يقتض التحريم
ويمكن ان يقال ايضا انه وطء لا يوجب تحريم الجمع فوجب ان لا يوجب التحريم المستدام دليله
الزنا ويؤيد ما ذهبنا اليه ان هذا الوطء بالزنا اشبه منه بالوطء بالنكاح وان كان يشبه
الوطء في النكاح في وجه وذلك ان الزنا فارق سائر وطء النساء وان شارك في التحريم كثيرا منه

انه لا استباح الموطوءة بالزنا الا بعقد النكاح او الملك والوطء الذي اختلفنا فيه يشارك
الزنا في هذا فوجب ان تكون هذه الشبهة اقوى من سائر الشبه وان كثر لانه مشابه للزنا في الصفة
التي تخصه فان قيل هذا الوطء لا حد فيه والحد من خصائص الزنا فقد خالف الزنا في بعض
خصائصه قيل له ان الزنا ليس الحد من خصائصه لسقوطه عن الصبي والمجنون اذا زنيا
وليس كذلك ما ذكرناه لانه حكم لكل زان فان تعلقوا بشيء مما تعلق به اصحاب ابي حنيفة من
الابنة والخئولة والاخوة على نحو ما مضى مسألة قال ولا يجوز لامرأة المفقود ان تزوج
حتى يتيقن موته او يقوم به شهادة قال وقد نص في الاحكام على انها لا تتزوج حتى يعلم خبره ويوقن
بموته وليس لعرض الموت فقط بل لعرض ما يوجب الفرقة لانه لو صح انه طلقها او انه ارتد
جاز لها ان تتزوج كما يجوز للمطلقة وزوجة المرتد وهو مذهب ابي حنيفة واصحابه والشافعي
ويحكى عن مالك انها تتربص اربع سنين ثم تعتد اربعة اشهر وعشرا ثم تتزوج وهو قول الاوزاعي
وبه قال عمر بن الخطاب ذكر السيد ابو عبد الله الداعي رضي الله عنه ان المرأة اذا غلب على ظنها
موت المفقود فانها تتزوج اعني المفقود زوجها وقال القاسم عليه السلام عمر الانسان الطبيعي
الذي لا يعيش اكثر منه هو مائة وعشرون سنة وهو قول ابي حنيفة وما ذهبنا اليه في هذه
المسألة هو قول امير المؤمنين عليه السلام وروي عنه انه قال ايما امرأة ابتليت فلتصبر
حتى يستبين موت او طلاق والاصل فيه انه نكاح ثابت فلا يجوز ابطاله الا بيقين وما يقوم
مقامه في الشرع من الشهادة الا ترى ان هذا هو الاصل في جميع الاشياء نحو ان يكون اسيرا في بلد عدو
او مقيما في بلد فضلا ان زمنه يكون على جملته وكذلك ان لم يعرف خبره لانها والحال هذه لم تعلم انقطاع
العصمة بينه وبينها ولا خلاف ان الواجب عليها قبل اربع سنين المقام على جملة النكاح فكذلك
بعدها والعلة انها امرأة المفقود والعلة الاولى تكشف هذه العلة لانها اذا علمت بانقطاع العصمة
جاز لها ان تتزوج في جميع الاحوال واذا لم تعلم لم يجز فان الحكم به متعلق ولا خلاف ان
زوجها ان طالت غيبته لا يجوز له ان يتزوج باختها وان كان تحته اربع لم يجز له ان يتزوج سواهن
فكذلك المرأة ليس لها ان تتزوج والمعنى بقاء حكم الزوجية بينهما ولسنا نعني بقاء حكم الزوجية
بينهما غير ان زوالها لم يثبت فان قيل الاضرار على الزوج فانه يمكنه ان يطلقهن وليس كذلك
حكم المرأة والاصل ان الضرر يجب ان يدفع لقوله صلى الله عليه وآله وسلم لا ضرر ولا
ضرار في الاسلام قيل له هذا ينتقض بامرأة الاسير والمقيم بالبلد النازح ولا خلاف ان
الواجب عليها الصبر على احتمال ذلك الضرر وقوله صلى الله عليه وآله وسلم لا ضرر لا [illegible] المرأة
بل يجب ان تمنع المرأة من النكاح لئلا يدخل الضرر بذلك على الزوج وقد حكي عن ابي حنيفة انه
قال اذا بلغ عمر المفقود مائة وعشرين سنة حكم بموته وهذا لا معنى له لان مائة وعشرين سنة

في هذا

في هذا الباب كماية وخمس عشرة سنة وكماية وخمس وعشرين سنة وتلبس فلا وجه
لهذا التحديد ولا يمكن أن يعتمد لهذا القول ما حكي عن الأطباء والمتفلسفة أن ذلك نهاية
في العمر لأن قولهم في هذا الباب ليس عن أصل صحيح وإنما هو ظن وحسبان والشرع الآخر يدل
على الظن وقد أخبر الله تعالى أن نبيه نوحاً عليه السلام لبث في قومه ألف سنة إلا خمسين
عاماً مسألة فإن قامت الشهادة بموته وتزوجت ثم رجع فهو أحق بها من الذي
تزوجها ثانياً وعلى الثاني المهر بما استحل من فرجها ولا يقربها الأول حتى تضع ما في بطنها
فإن لم تضع حتى طلقها الأول اعتدت بنفسها حتى تضع وتطهر من النفاس ثم تعتد من
الأول ثلاث حيض مستقبلة وللأول مراجعتها ما دامت في العدة فإذا خرجت
من العدة تزوجت بها إن شاءت أو غيرها وجميع ذلك منصوص عليه في الأحكام وما قلناه من أن
الزوج الأول أحق بها لا أحفظ فيه خلافاً بين الفقهاء وإن كان ذلك يحكى عن عمر وما ذهبنا إليه
هو قول علي عليه السلام أخبرنا بذلك أبو الحسين بن إسمعيل حدثنا الناصر عليه السلام حدثنا
الحسن بن يحيى بن الحسين بن [illegible] حدثنا ابرهيم بن محمد عن أبي معوية عن أبي إسحق الشيباني عن الشعبي
في رجل غاب عن امرأته فبلغها أنه مات فتزوجت ثم جاء الزوج الأول قال عمر يخير الزوج
الأول بين امرأته وبين الصداق فإن شاء أخذ الصداق وترك للآخر امرأته وإن شاء أخذ امرأته
وقال علي عليه السلام يفرق بينها وبين الزوج الآخر وتعتد بثلاث حيض وترد إلى الأول
ولها الصداق بما استحل من فرجها وروى زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام
مثل ذلك وهو الصحيح لأن غلط من غلط لا يفسد النكاح ألا ترى أنه لو قسم ماله كانت فلا الناس
أنه إذا رجع يسترجعه ممن هو في يده ولم يبطل ملكه فكذلك النكاح فأما ما ذهب إليه عمر
من التخيير فهو مما لا معنى له لأن الإنسان لا يصح أن يخير بين الشيئين إذا كان التعلق بينه وبين كل
واحد منهما على سوى وكان يثبت له كل واحد منهما بسبب آخر وقد علمنا أن نكاحه عليها
ثابت والمهر لا يملكه بوجه من الوجوه وإنما هو كسائر أملاك المرأة فكيف يصح أن يخير الإنسان
بين ما يملكه ملكاً صحيحاً وبين ما لا يملكه على وجه من الوجوه اللهم إلا أن يكون ذلك على
وجه الصلح فأما على طريق الإلزام فلا معنى له وقلنا إن المهر بما استحل من فرجها لأنه قد
حصل الوطء بنكاح بشبهة ولا خلاف أن المهر يجب فيه وفيما جرى مجراه وهو قول علي عليه السلام
وقلنا إنه لا يقربها الأول حتى يستبرئ من ماء الثاني لأنه لا خلاف أن الوطء الذي يقع بالشبهات
يوجب العدة وقد أفتى بها أمير المؤمنين عليه السلام على ما نقله ووجه قولنا إن الأول إن
طلقها قبل أن تضع فعليها أن تعتد بعد الوضع من الأول هو أن العدتين لا تتداخل وذلك أن
كل واحدة منهما حق لغير من الأخرى حق له ونبين الكلام في مسألة العدتين إذا

تستبرئ من ماء الثاني فإن كانت حاملاً من الآخر لم [illegible] الأول حتى تضع صح

وقلنا ان للاولى له المراجعة ما دامت في عدة منه لانه لا خلاف ان الرجعة جائزة في الطلاق
الرجعي ما لم يحصل التحريم وقلنا انها تزوج ايهما شاءت بعد العدة لان كل واحد منهما
خاطب من الخطاب اذا لم يحصل على حال يمنع من نكاحها مسألة قال القاسم عليه
السلام ولا بأس بنكاح ولد الزنا سواء كان الزوج للزنا والزوجة لرشدة او كانت الزوجة
للزنا والزوج لرشدة وهذا منصوص عليه في مسائل النيروسي وهو مما لا احفظ فيه
خلافا فان الظواهر المبيحة لم تستثن من كان للزنا كذلك لا فصل بينه وبين غيره في سائر الاحكام
فان قيل فكيف تقولون ان من يكون لرشدة يتزوج بها ولد الزنا وانتم تقولون ان النسب
في الاكفاء معتبر به قيل له ليس الاكفاء من جواز النكاح في شيء لان للمرأة ان تتزوج بغير كفو
لها اذا رضيت ورضي الاولياء وتحل بما قلنا في ولد الزنا ما قلناه في جواز النكاح

باب القول فيما يصح او يفسد من النكاح

كل نكاح يعقد من غير ولي وشهود فهو فاسد فكذلك ان عقد بالولي من غير شهود او بالشهود من غير ولي
فهو ايضا فاسد وكذلك ان عقد بشهادة النساء وحدهن فهو ايضا فاسد وهذا منصوص
عليه في الاحكام والمنتخب عن ما ذكرناه من فساد النكاح بشهادة النساء وحدهن فانه منصوص
عليه في الاحكام اما الكلام فيما يتعلق بالشهادة فانا نستوفيه ان شاء الله تعالى في باب
شهادة النكاح والذي يحتاج ان نبين في هذا الموضع هو الكلام في ان النكاح لا بد فيه
من الولي وبه قال الناصر للحق عليه السلام والشافعي وهو قول علي عليه السلام قال ابو
حنيفة يصح النكاح بغير الولي والذي يدل على ذلك ما اخبرنا ابو العباس الحسني رحمه الله تعالى
حدثنا احمد بن خالد حدثنا يحيى بن اسمعيل الكوفي ابو زكريا البجلي حدثنا الحسن بن اسمعيل
بن خالد بن حرب حدثنا محمد بن يعلى عن عمر بن صبيح عن مقاتل بن حيان عن الاصبغ بن نباته
عن علي عليه عن النبي صلى الله عليه واله وسلم قال ايما امرأة تزوجت بغير ولي فنكاحها
باطل ثم هو باطل ثم هو باطل فان لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له واخبرنا ابو العباس
الحسني نا عبد العزيز بن اسحق البغدادي حدثنا علي بن احمد بن حاتم التميمي حدثنا الحسن بن عبد الواحد
حدثنا ابرهيم بن محمد بن ميمون عن صالح بن الاسود عن ابي الجارود عن ابي جعفر محمد وزيد ابنا
علي عليهم السلام قالا قال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم لا نكاح الا بولي وشهود
واخبرنا ابو العباس الحسني نا ابو احمد الانماطي حدثنا ابو ابرهيم اسحق بن ابرهيم الصنعاني نا عبد
الرزاق عن عبد الله بن محرر عن قتادة عن الحسن عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله
عليه واله وسلم لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ونا ابو الحسن البروجردي حدثنا محمد بن

الدينوري حدثنا قباد بن عمرو حدثنا عبد الله بن موسى عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري
عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا تنكح المرأة
إلا بإذن وليها فإن نكحت فهو باطل فهو باطل فإن دخل بها فلها المهر بما أصاب منها
فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له وبالبروجردي حدثنا أبو بكر محمد بن عمر حدثنا
محمد بن خالد حدثنا عبد الصمد بن النعمان حدثنا الربيع بن بدر عن النهاس بن الحداس عن عطاء
عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم البغايا اللاتي يزوجن أنفسهن
بغير ولي ولا يجوز إلا بولي وشاهدين وحديث ابن سيرين عن أبي هريرة قال قال النبي صلى الله عليه
وآله وسلم لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح نفسها فهذه الأخبار كلها نصوص تصرح بما ذهبنا إليه
فإن قيل المرأة البالغة العاقلة ولية نفسها فإذا تزوجت كان ذلك نكاحا بولي فلا يكون خالفا
للأخبار الواردة قيل له هذا التأويل ساقط من وجوه أحدها أن اسم الولي لا يتناول من يلي
أمر نفسه لا من طريق اللسان ولا من طريق الشرع وإنما يتناول هذا الاسم من يلي أمر غيره يحقق
ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم الأيم أحق بنفسها من وليها فوجب أن يكون وليها غير نفسها
خلاف أجنبيه حتى لا يكون كقوله أحق بنفسها من نفسها وهذا محال ومنها أنه قال صلى الله عليه
وآله وسلم أيما امرأة تزوجت بغير ولي فنكاحها باطل فجعلها غير وليها وكذلك قوله صلى الله عليه
وآله وسلم البغايا اللاتي يزوجن أنفسهن بغير ولي فبطل ذلك فسقط هذا التأويل وبقي ما تعلق به هذا
المخالف بأن في هذه الأخبار مراسيل فلا وجه له لأنه لا خلاف بيننا وبين المخالف لنا في هذه الأخبار
أن المراسيل مقبولة وربما قالوا روي عن ابن جريج أنه قال ذكرت حديث سليمان بن موسى عن الزهري في هذا
الباب للزهري فلم يعرفه وهذا لا معنى له لأن الزهري يجوز أن يروي شيئا ثم ينساه وهذا لا يوجب
سقوط الحديث على أن ذلك الحديث قد رواه عن الزهري غير سليمان فإن قيل فنحن نحمل هذه الأخبار
ونحملها في التي لم تبلغ أو المجنونة أو التي وضعت نفسها في غير كفؤ أو في المملوكة استدلالا بقوله
تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف وقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وقوله
فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن قيل له أما قوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف
فلا ظاهر له ولا يتم لكم التعلق به لوجهين أحدهما أنه تعالى نفى الجناح عنا فيما فعلن في أنفسهن
وهذا لا يدل على أن ما فعلن في أنفسهن جائز لأن انتفاء الجناح عن زيد لا يدل على جواز ما
يفعله عمرو فإذا ثبت هذا فلا بد في الآية من ضمير وإلا لم يكن لها فائدة ويحتمل أن يكون المراد بها
فلا جناح عليكم أن تعقدوا ما فعلن في أنفسهن بالمعروف فرفع الجناح شرط أن يكون

ما فعلن في أنفسهن بالمعروف والمعروف ههنا مجمل لا يعرف المراد به إلا بغيره فوجب أن يكون ما هو
شرط فيه مجملا ووجب أن يرجع إلى غيره على أن الظاهر أن لنا فيما فعلن في أنفسهن فعلا ونفى عنا
الجناح فيه وليس ذلك إلا تولي العقد عليهن وقوله فإن طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره
والمراد به حصول النكاح لا أنه يصح النكاح يكشف ذلك أن المخالف لنا في هذه لا ينكر أن الولي
لو زوجها دخلت تحت الآية فبان أن المراد ليس حصول النكاح من جهتها فقط وقوله فلا تعضلوهن
أن ينكحن مما استدل به على أن الولي يملك منعها لأن النهي عن الشيء يدل على أن المنهي عنه متمكن من فعله
فلولا أن العضل إليه لم يكن للنهي معنى لأن النهي حينئذ يكون إذا نهيا عما لا يتمكن منه وذلك لا يجوز
ألا ترى أن عضله لو لم يكن له حكم لكان المنع لا يصح لأنه كان يصح منها أن تتزوج مع المنع ولا يصح
النهي عنه قيل له قد روي عن الحسن ما رواه أبو داود في السنن وغيره حدثني معقل بن يسار قال
كانت لي أخت تخطب فأتاني ابن عم لي فأنكحته إياها ثم طلقها طلاقا له رجعة ثم تركها حتى انقضت عدتها
فلما خطبت أتاني يخطبها فقلت والله لا أنكحها أبدا قال ففي نزلت هذه الآية وإذا طلقتم النساء
فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن الآية قال فكفرت عن يميني وزوجتها إياه
والأثر أن الله تعالى جعل امتناعه من النكاح عضلا ونهى عنه فلولا أن نكاحها كان يتعلق به
كان لا يكون ذلك عضلا وجاز أن تزوج نفسها فإن الآية تدل على ما ذهبنا إليه دون
مذهبهم على أن ما تعلقوا به من هذه الآيات إنما هو بأن يجوز عقده النكاح دون ما به
ينعقد وأخبارنا التي استدللنا بها قد تضمن بيان ما به ينعقد وفيه اختلفنا فصارت
بموضع الخلاف أخص وصار التعلق بها أولى فإن قيل روي عن النبي صلى الله عليه وآله
وسلم أنه قال الأيم أحق بنفسها من وليها وهذا يوجب تخصيص أخباركم قيل له هذا
يوجب صحة مذهبنا وذلك أن قوله صلى الله عليه وآله وسلم أحق بنفسها من وليها يوجب أن
للولي حقا في نفسها كما أن لها حقا فيها إلا أن حقها آكد لأن لفظة أفعل ظاهرها أنها
لا تستعمل في حقيقته إلا في شيئين مشتركين فيه ويكون لأحدهما مزية وهذا أيضا مذهبنا لأنا
نقول فيه المرأة إذا خطبها كفؤ كان لكل واحد من الولي والمرأة حق في العقد لأنه لا
يتم عندنا إلا بهما إلا أن حق المرأة آكد وذلك أن الولي إذا امتنع أجبر والمرأة إذا
امتنعت لم تجبر وأما قولهم إن الولي لا حق له في العقد فإنه لا يصح مع قوله أحق بنفسها
من وليها فإن قيل فنحن نقول بذلك في مواضع أخر وهو إذا خطبها غير كفؤ فيوجب
للولي فيه حقا لأن العقد عندنا إذا كانت أيما إلا بالولي قيل له في هذا الموضع سواء

فيه اشتراك المرأة والولي ولا مزية فيه للمرأة على الولي فلا يصح صرف قوله صلى الله عليه وآله
وسلم وإذا لم يصح ذلك وجب صرفه إلى ما قلناه وفيه صحة ما ذهبنا فإن قيل فقد روي
عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال ليس للولي مع الثيب أمر قيل له هذا الحديث
والحديث الذي تقول الأيم أحق بنفسها فيما رواه نافع بن جبير بن مطعم عن ابن عباس عن
النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقد روي بألفاظ مختلفة فروي الثيب أحق بنفسها وروي الأيم
أحق بنفسها وفي آخر الحديث واليتيمة تستأمر وفي بعضها والبكر تستأمر وإذنها صماتها
وإقرارها صماتها فكان الحديث حديثا واحدا واختلفت ألفاظ الرواة فلا يمتنع أن يكون
بعضهم روى ما كان عنده من المعنى واعتقد أن قوله صلى الله عليه وآله وسلم الأيم أحق
بنفسها يوجب أن لا حق للولي في أمرها فروى ليس للولي مع الثيب أمر والقصد في جميع ذلك
الفرق بين الثيب والبكر في الاستئمار وهذا هو الاحتمال فيه وإن صح اللفظ فهو محمول على أن
المراد به ليس للولي أن يستبد بالأمر دونها على أن من مخالفينا في هذه المسألة لا ينكر أن المراد كما
صغيرة فلوليها أن يعقد عليها من دون استئمارها وكذلك الثيب من المماليك فإن الخبر
خاص وجب حمله على ما قلناه فإن قيل فقد روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله وسلم
ووهبت نفسها له فقال ما لي في النساء حاجة فقام رجل فسأله أن يزوجها إياه فزوجه
بها ولم يسألها هل لها ولي ولم يشترط الولي وجواز العقد قيل له يحتمل أنه لم يكن للمرأة ولي في الحال
فلذلك زوجها إذ ليس في الحديث أنه كان لها ولي فلم يستأذن في أمرها وعلى هذا يحمل ما سأل
عن أمر النبي صلى الله عليه وآله وسلم في ابن أم سلمة بأن يزوجها منه صلى الله عليه وآله وسلم وهو
صغير لأنه لا يمتنع أن يكون الغلام صغيرا في المنظر وقد عرف صلى الله عليه وآله وسلم بلوغه أو يكون
ذلك خاصا للنبي صلى الله عليه وآله وسلم وجملة الأمر أن هذين الخبرين حكاية فعل خاص
لأنهما وقعا على وجه مخصوص فلا يترك لها الكلام لعموم فيه ويبين أن ما ذهبنا إليه هو قول علي
عليه السلام وقول ابن عباس أخبرنا أبو العباس الحسني رحمه الله تعالى نا أبو أحمد الأنماطي حدثنا
إسحاق بن إبراهيم نا عبد الرزاق عن قيس بن الربيع عن عاصم بن بهدلة عن علي عليه السلام لا نكاح إلا بإذن
ولي ونا أبو العباس الحسني رحمه الله تعالى نا أبو أحمد الأنماطي حدثنا إسحاق بن إبراهيم نا عبد الرزاق
عن محمد بن مسلم عن ميمون بن مهران قال سمعت ابن عباس يقول البغايا اللاتي يزوجن
بغير ولي وروي هذا القول عن عمر وروي أن عائشة كانت تخطب إذا أرادت العقد
أمرت غيرها وقالت إن النساء لا يعقدن ولم يرو خلافه عن غيرهم فجرى مجرى إجماعهم
ونا أبو بكر المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا محمد بن خزيمة حدثنا يوسف بن عدي عن عبد الله
ابن إدريس عن ابن جريج عن عبد الرحمن بن القاسم عن عائشة أنها أنكحت رجلا من بني أخيها جارية من بني
أخيها فضربت بينهم بستر ثم تكلمت حتى إذا لم يبق إلا النكاح أمرت رجلا فأنكح ثم قالت ليس إلى النساء
النكاح ومما يدل على ذلك أنه لا خلاف بين المخالفين أن النكاح أمر يفتقر إلى الشهود والإعلان

عن ط

ايضا فقد دلت عليه فوجب ان يكون لا تفتقر الى غير المخاطبين فيه مع بلوغهما وحريتهما
وعقلهما وغير الشهود مشرح دليله الحكم هو ايضا لا خلاف ان المكاتبة لا يجوز نكاحها الا بالولي
فكذلك الحرة والمعنى انه عقد نكاح فوجب ان لا يتم الا بالولي ولا خلاف ايضا ان للولي الاعتراض متى
ان تضع نفسها في غير كفو ولم يتم ذلك الا بالولي وكذلك اذا وضعت في الكفو والمعنى انه عقد
يفتقر الى الشهادة او يقال انه عقد نكاح فان قيل انها تملك بدل بضعها وتتصرف فيه
فوجب ان يصح تصرفها في البضع كالثمن والمثمن قيل له هذا منتقض بمن ولي الدم يملك بدل الدم
من الدية ويتصرف فيها وان كان لا يملك المبدل ولا يتصرف فيه فان قيل الولاية تثبت
عليها في حال الصغر على نفسها وما لها فاذا بلغت وجب ان ينقطع الولاية عن نفسها كما تنقطع
عن مالها لاجتماعهما جميعا في جواز التصرف عليها في ذلك وقياسا للانثى على الذكر في وجوب
انقطاع الولاية عند البلوغ قيل له لا خلاف ان حكم الحال في هذا الباب ليس هو حكم
النكاح وان حكم الذكر في النكاح ليس هو حكم الانثى لان المراة اذا بلغت وضعت مالها حيث
شاءت ولم يبق للولاية منع من ذلك وكذلك الذكر اذا بلغ تزوج من شاء ليس لاحد من الاولياء
ان يمنعه من ذلك والمراة اذا ارادت ان تضع نفسها في غير كفو كان للولي ان يمنع من ذلك فبان
ان حكم الولاية على النساء في النكاح لا ينقطع وان انقطع عن المال والذكور على ان قياسهم
لو ثبت لكان يكون قياسنا اولى للحظر والاحتياط ولانه يوجب حكما شرعيا والنصوص القاطعة
تعضده وكذلك اجماع الصحابة ولانا وجدنا النكاح قد قصر فيه حال النساء عن حال
الرجال بدلالة اذا ارادت وضع نفسها في غير كفو منعت من ذلك وان العقد يمضي على البكر
البالغة بعد عبارتها عن الرضى فوجب ان لا تقوم المراة فيه مقام الرجل كالامامة في الصلاة
وكالشهادات والقضاء والامامة العامة ويقوي ذلك قول الله تعالى وانكحوا الايامى منكم
فجعل انكاح الايامى الى الاباء كما جعل انكاح الاماء والعبيد وقال سبحانه ولا تنكحوا المشركين
حتى يؤمنوا فجعل امر النكاح الى الرجال ولم يخاطب النساء فثبت بذلك اجمع صحة ما ذهبنا اليه في هذا
الباب وحكي عن مالك انه فصل بين الشريفة والوضيعة فمنع نكاح الشريفة الا بالاولياء
واجاز ذلك للوضيعة وهذا لا معنى له لان جميع ما ذكرناه من ادلة الكتاب والسنة والعبرة
لا يفصل بين حال الشريفة والوضيعة في ذلك واذا لم يخالف في الشريفة امكن ان يقاس
عليها الوضيعة بعلة انها يعقد عليها عقد النكاح فوجب ان لا يصح الا بالولي وحكي عن ابي يوسف
انه قال اذا اذن الولي جاز ان تعقد المراة على نفسها وهذا يبطله قول النبي صلى الله عليه
واله وسلم لا تنكح المراة المراة ولا المراة نفسها وقوله ايما امراة تزوجت بغير ولي فنكاحها
باطل وقوله لا نكاح الا بولي وقوله البغايا اللاتي يزوجن انفسهن بغير ولي وكل هذا مما
مضى على ابي حنيفة من الكتاب والقياس مسألة قال ونكاح المتعة حرام وهو ان
يتزوج الرجل المراة الى اجل مضروب بغير احكام على معنى المتعة وروي ذلك عن جده

تحريم نكاح المتعة

الاكابر

المتعة عليه السلام وهو قول الناصر عليه السلام والذي به نحتج وسائر العلماء الا ما يحكى عن زفر انه
يبطل الشرط ويجيز العقد وذهبت الامامية الى انها حلال وانها لم تنسخ وروي عن ابن
عباس انه كان يبيحها وروي انه رجع عن ذلك والاصل في تحريمها ما رواه ابو العباس
الحسني نا احمد بن الفضل حدثنا ابو بكر جعفر بن محمد الفريابي حدثنا ابن المصفى حدثنا الفريابي
عن [illegible] بن سعيد عن ابن لهيعة عن موسى بن ايوب الغافقي عن عمه عن اياس بن عامر المزني عن علي عليه
السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه نهى عن المتعة فقال انما كانت لمن لم يجد فلما انزل الله
تعالى النكاح والطلاق والميراث بين الزوج والمراة نسخت وبه ابو العباس الحسني حدثنا عبد
العزيز بن اسحاق حدثنا احمد بن منصور الكوفي(?) حدثنا محمد بن الازهر الطائي حدثنا ابو سهم(?) بن [illegible]
المزني عن عبد الله بن الحسن عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام قال حرم رسول الله صلى الله عليه
وآله وسلم المتعة من النساء يوم خيبر وقال لا اجد احدا يعمل بها الا جلدته وبه ابو الحسين البروجردي(?)
حدثنا محمود بن عمر(?) حدثنا حجاج بن ابراهيم حدثنا سعيد بن عمرو حدثنا عبثر بن القاسم ابو زبيد عن سفيان
الثوري عن مالك بن انس فقال علي عليه السلام انك امرؤ تائه ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن اكل لحوم الحمر الاهلية وبه ابو بكر المقري حدثنا الطحاوي حدثنا
علي بن سعيد حدثنا يونس بن محمد حدثنا عبد الواحد بن زياد حدثنا ابو عميس عن اياس بن سلمة بن الاكوع
عن ابيه قال اذن رسول الله صلى الله عليه وآله في متعة النساء ثم نهى عنها ه نا ابو سعد(?) الابهري
حدثنا ابو الحسن محمد بن علي بن ابي الحسن [illegible] بمصر نا يونس بن عبد الاعلى الصدفي نا انس
بن عياض الليثي عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز عن الربيع بن سبرة الجهني عن ابيه قال خرجنا الى
مكة مع النبي صلى الله عليه وآله وسلم في حجة الوداع فقال استمتعوا من هذه النساء والاستمتاع عندنا
النكاح فكلمنا النساء فكرهن ان [illegible] الا وبيننا وبينهن اجل فذكرنا ذلك لرسول الله صلى الله
عليه وآله وسلم فقال اجعلوا بينكم وبينهن اجلا فخرجت انا وابن عم لي ومعه برد ومعي
برد وبرده اجود من بردي وانا اشب منه فمررنا بامراة فاعجبها شبابي واعجبها برده فقالت
برد كبرد وجعلت بيني وبينها اجلا عشرا فبت عندها تلك الليلة ثم غدوت فاذا النبي صلى الله
عليه وآله وسلم بين الركن والباب يخطب الناس فقال يا ايها الناس اني كنت اذنت لكم في الاستمتاع
من هذه النساء الا وان الله قد حرم ذلك الى يوم القيامة فمن كان عنده شيء منهن فليخل سبيلها ولا تاخذوا
مما آتيتموهن شيئا وفي حديث زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه
وآله وسلم عن نكاح المتعة يوم خيبر وفي حديثه عن علي عليه السلام لا نكاح الا بولي وشاهدين
ليس بالدرهم والدرهمين ولا اليوم واليومين شبه السفاح ولا شرط في النكاح فان قيل
في هذه الاخبار ما يدل على الضعف والاضطراب وذلك ان في بعضها انها نسخت
يوم خيبر وفي بعضها انها نسخت يوم فتح مكة [illegible] وكان خيبر قبل الفتح بمدة واذا حصل

بينها

هذه الضرب من الاضطراب لم يصح التعلق بها قيل له هذا الذي ذكرتموه لا يدل على الاضطراب
والضعف لانه جايز ان يكون نسخ يوم خيبر على ما رواه علي عليه السلام وغيره ثم اتى بعد
ذلك يوم فتح مكة اما اباحة عامة واما لقوم باعيانهم ثم نسخ واذا كان هذا جايزا فلا تحصل ضعف
الاخبار فان قيل ان اباحة المتعة معلومة والنسخ انما هو بخبر الواحد ولا يجب نسخ المعلوم
بخبر الواحد كما لا يجب نسخ القرآن به قيل له الاصل في خبر الواحد انه مقبول اذا سلم سنده ولا
يمتنع ان ينسخ به ما هو معلوم الا ترى انا نقبل خبر الواحد في اباحة ما حظره العقل وفي حظر ما
اباحه وكذلك نقبله في استباحة الفروج مع ان حظرها معلوم على الجملة شرعا فاذا ثبت
هذا لم يمتنع ما قلناه واما نسخ القرآن بخبر الواحد فلسنا نمنع منه عقلا وانما نمنع منه لدلالة
شرعية الا ترى ان من الناس من لا ينسخه بالخبر المتواتر وانا نقبل خبر الواحد في تخصيص القرآن
ومن طريق الاعتبار لا فرق بين التخصيص والنسخ وانما الفاصل بينهما الشرع على انه لا خلاف
بيننا وبين الامامية في ان المسح على الخفين منسوخ وثبوت اصل المسح في الاصل معلوم ونسخه
انما هو بخبر الواحد فاذا لم يمتنع ذلك في نسخ المسح لم يمتنع في نسخ المتعة على ان الاخبار الواردة
في نسخ المتعة اظهر واقوى لان فيها لفظ النسخ عن النبي صلى الله عليه واله وسلم وبيان انه
نسخها وحرمها الى يوم القيامة وليس في نسخ المسح هذا النص وان كان ذلك ايضا ثابتا صحيحا
على ان ما بيناه انه لا يعترض بما ذكروه فان قيل في القرآن ما يدل على اباحة المتعة
وهو قول الله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن فاذا ثبت اباحتها بالقرآن فلا
خلاف انه لا يجوز نسخها بخبر الواحد قيل له ليس في الاية ما يدل على اباحة المتعة لان الاستمتاع في
اللغة هو الانتفاع به ومنه قوله تعالى اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا واستمتعتم
بها وقوله سبحانه فاستمتعتم بخلاقكم كما استمتع الذين من قبلكم بخلاقهم فالمراد بالاستمتاع
الانتفاع بهن بالنكاح الصحيح وما روي عن ابن عباس انه قرا فما استمتعتم به منهن
الى اجل مسمى فالرواية قد قيل انها ضعيفة وان ثبتت فيحتمل ان يكون المراد بها تاخير
المهر وتجويز المهر المؤجل وتفيد الاية ان صحت الرواية جواز ذلك ووجوب الايتاء اذا حل
الاجل فلا دليل فيه على المتعة على وجه من الوجوه وفيه من طريق النظر انه عقد معاوضة
يمضي اطلاقه الفاسد فوجب ان يفسده التوقيت كعقد البيع وايضا هو عقد يستباح به
الوطء ولا يجري فيه الطلاق والمواريث مع كون كل واحد من الزوج والمرأة وارثا وموروثا
وكون الرجل ممن يملك الطلاق فوجب ان يكون فاسدا دليله النكاح الفاسد فاما ما
كان يذهب اليه زفر من ان النكاح ثابت والشرط فاسد فلا معنى له لقوله صلى الله
عليه واله وسلم في المتعة انما كانت لمن لم يجد فلما انزل الله تعالى الطلاق والنكاح
والميراث نسخ وظاهر القرآن يدل على ان المراد به العقد وكذلك قول علي عليه السلام

حرم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم متعة النساء وقوله صلى الله عليه وآله وسلم من كان
عنده شيء فليخل سبيلها وما ذكرناه من قول ابن عباس أولاً أيضاً يفسد قوله وكان هذا القول خلافاً للإجماع
لأن الناس قد اختلفوا على قولين رجل يحرم العقد ويبطله ورجل يجيز العقد مع الشرط فحصل الإجماع على
أن شرطها كعقدها والفاصل بينهما تارك للإجماع على أن العقد لا يخلو إما أن يبيحها
في المدة المذكورة أو يبيحها فيها وفيما بعدها فإن أباحها في المدة المذكورة فقط فهي المتعة
وإن أباحها في المدة وبعدها لم يبح ذلك لأن العقد إنما يتناول المدة ألا ترى أن الإجارة
أن الإجارة لما كانت عقداً على أمد مضروب لم تتناول ما بعده فكذلك عقد المتعة مسألة
قال ونكاح الشغار حرام وهو أن يكون الرجلان يزوج كل واحد منهما ابنته من صاحبه
على أن يكون بضع كل واحدة منهما مهر صاحبتها وهذا منصوص عليه في الأحكام وبه قال
الشافعي ومالك قال أبو حنيفة النكاح صحيح ويجب مهر المثل والأصل فيه حديث
زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام قال نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم
عن نكاح الشغار فقال أبو خالد فسألت زيداً عليه السلام عن تفسير ذلك فقال هو أن يزوج الرجل
ابنته الرجل على أن يزوجه الآخر ابنته ولا مهر لواحدة منهما وأخبرنا أبو العباس الحسني رحمه الله
نا أحمد بن سعيد الثقفي نا أحمد بن الأزهر حدثنا عبد الرزاق عن معمر عن ثابت عن أنس عن النبي
صلى الله عليه وآله وسلم قال لا شغار في الإسلام وروي نحوه عن الحسن عن عمران بن حصين
عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وروى أبو داود في السنن بإسناده عن نافع عن ابن عمر أن النبي
صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن الشغار فصارت هذه الأخبار موجبة تحريم نكاح الشغار ووجب
فساده **فإن قيل** ما أنكرتم على من قال لكم إن الذي يجب أن يفسد هو المهر دون عقد النكاح وفساد
المهر لا يوجب فساد العقد **قيل له** الأخبار التي ذكرناها اقتضت تحريم نكاح الشغار دون ما سواه
والنكاح عندنا هو العقد وعند مخالفينا هو الوطء فوجب أن يكون المحرم هو العقد أو الوطء فهذا العقد
وأيهما ثبت تحريم العقد فلا وجه لصرفه إلى المهر إذ النكاح ليس باسم للمهر فثبت ما
ذهبنا إليه **فإن قيل** لو فسد العقد لم يخل فساده من وجوه إما لأنه انطوى على منعه
للزوج أو لأنه وقع معرى من المهر أو لأنه وقع بمهر فاسد وكل هذه الوجوه لا توجب
فساد النكاح فوجب أن يكون العقد صحيحاً **قيل له** هذا كلام من يرى أنه لا يحكم بتحريم
الشيء وفساده بمجرد قول صاحب الشرع وأن التحريم والفساد يحصلان إذا عرفنا لهما وجهاً سوى ما
يذكره صاحب الشرع وهذا فاسد بإجماع المسلمين فوجب سقوط هذا السؤال ولزوم
القضاء بفساد هذا العقد لتحريم النبي صلى الله عليه وآله وسلم إياه ألا ترى أنه غير ممتنع أن يكون
الشرع ورد بتحريم النكاح إذا عقد على العمة وابنة أختها إذا عقد على الحرة وإن كان المهر

د العقد بين فلئن فاذا ثبت ذلك وجب تحريم عقد نكاح الشغار لظاهر قول النبي صلى الله
عليه وآله وسلم وان كانت الحوالة في الوجوه الثلثة على ما ذكر **فان قيل** يحمل نكاح
الشغار على نكاح يعقد على الخمر والخنزير فيقول انه لا ان يفسد نكاح الشغار لفساد المهر
كما لم يجب ان يفسد نكاح على الخمر والخنزير **قيل له** عندنا ان نكاح الشغار لم يفسد لفساد المهر
فقط فيكون سبيله سبيل النكاح المعقود على الخمر والخنزير وانما فسد لانه لا فساد فيما انطوى
العقد عليه لانه لما زوج ابنته على ان يكون بضعها مهرا للابنة المزوج بها صار مستثنيا بعضها
من جملة العقد فلم يتم العقد وطارد ذلك رفعا للبعض مما اوجبه فوجب فساده وليس كذلك
النكاح المعقود على الخمر والخنزير لان العقد فيه قد سلم وتم وانما الفساد وقع في المهر
فان قاسوه قياسا على ان جميع ما ذكروه يوجب عليهم القول بجواز المتعة وافساد المدة على
ما ذهب اليه زفر ولا بد لهم من الرجوع الى مثل جوابنا فيه على انا نقيس نكاح الشغار على نكاح
المتعة فنقول لان كل واحد منهما اقتضى رفع بعض موجب العقد فوجب ان يكون فاسدا لان
الشغار اقتضى استثناء البضع من جملة العقد والمتعة اقتضت استثناء بعض المدة والعقد يقتضي
التأبيد على ان قياسهم لو ثبت لكان قياسنا اولى للحظر والاحتياط ولانهم قالوا لو ان امرأة
تزوجت عبدا على ان يكون رقبته مهرا لها فسد النكاح فكذلك يجب ان يكون الشغار لان المعقود
عليه جعل عوضا **مسألة** قال ونكاح المحرم باطل وكذلك انكاحه وهذا منصوص عليه
في الاحكام وقد استقصينا الكلام في ذلك في كتاب الحج فلا طائل في اعادته **مسألة** قال ولا
يحل للرجل ان ينكح المرأة وهي في عدة من غيره فان فعل ذلك جهلا كان النكاح باطلا وللمرأة
المهر على الثاني ان كان دخل بها فان جاءت بولد لاكثر من ستة اشهر من يوم دخل بها
الزوج الثاني او لستة اشهر فهو للزوج الثاني وان جاءت به لاقل من ستة اشهر فهو للزوج
الاول وهذا منصوص عليه في الاحكام اما ما ذكرناه من فساد النكاح الواقع في العدة
على ما بيناه فلا خلاف فيه بين المسلمين وقد قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح
حتى يبلغ الكتاب اجله **اخبرنا** ابو الحسين بن اسماعيل حدثنا الناصر للحق عليه السلام حدثنا
الحسن بن يحيى بن الحسين بن زيد حدثنا ابراهيم بن محمد بن ميمون عن اسباط بن محمد عن
اشعث عن الشعبي عن مسروق قال قضى عمر في امرأة تزوجت في عدتها ان يفرق بينهما
ويجعل مهرها في بيت المال ولا يجتمعان ابدا وقاموا فقال علي عليه السلام ليس هكذا هذه
الجهالة ولكن يفرق بينهما وتستكمل بقية العدة ثم تستقبل عدتها من الآخر فحمد الله عمر واثنى عليه
وقال ردوا الجهالات الى السنة وبه ابو الحسين حدثنا الناصر عليه السلام حدثنا
الحسن بن يحيى حدثنا ابراهيم عن ابي مالك عن اسماعيل بن ابي خالد عن عامر عن مسروق عن
عمر انه قال في امرأة تزوجت في عدتها قال يفرق بينهما ما عاشا ويجعل صداقها

في بيت المال وقال علي عليه السلام يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها ويتم ما بقي
عليها من عدتها من الاول ثم تستأنف ثلثة قروء من الاخر ثم يخطبها الاخر ان شاء فصار اتفاقهما على
ابطال النكاح وفاقا بين علي عليه السلام وعمر ولم يرو عن احد من الصحابة خلافه وجعلنا
المهر لها بما استحل من فرجها لقول النبي صلى الله عليه واله وسلم في النكاح بغير ولي هو
باطل فان دخل بها فلها المهر بما اصاب منها وقد مضى اسناده في مسئلة النكاح بغير
ولي فصار ذلك اصلا لايجاب المهر في كل وطء وقع بشبهة وقلنا ان المهر لها
لان النبي صلى الله عليه واله وسلم قال ذلك وهو قول علي عليه السلام على ما ذكرناه
في الحديث المتقدم وفي احد الحديثين ان عمر قال هو لبيت المال ثم رجع الى قول علي عليه
السلام وروى ايضا هناد بن السري في كتاب النكاح باسناده عن الحكم عن علي وعمر نحو ذلك
قال الحكم ثم رجع عمر الى قول علي عليه السلام فصار ذلك وفاقا ولم يحك فيه خلاف
واكد ايضا ما رواه هناد بن السري باسناده عن قتادة عن ابن المسيب في امرأة تزوجت في عدتها
فقضى عمر ان يفرق بينهما ويضربهما دون الحد واعطاها الصداق بما استحل من فرجها وما ذكرنا
من انها ان جاءت بولد لستة اشهر او اكثر منه من يوم دخل بها الثاني فهو للثاني وان جاءت به
لاقل من ستة اشهر فهو للزوج الاول هذا ان كان منذ فارقها الزوج الاول اربع سنين
او اقل على ما ذكره في المنتخب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ دخل بها الثاني ولاكثر
من اربع سنين منذ فارقها الاول لم يلحق بالاول ولا بالثاني **وتحصيل المذهب**
على ما بينه في المنتخب انها متى جاءت بالولد في وقت يصح ان يلحق به دون الذي لا يصح ان يلحق به
فان جاءت به في وقت لا يصح ان يلحق بواحد منهما لم يلحق باحدهما وهذا مما لا خلاف فيه
فاما اذا جاءت به في وقت يصح ان يلحق بكل واحد منهما وهو الذي ذكره في الاحكام فقد
اختلف فيه قال الشافعي يرجع فيه الى القافة وقال ابو حنيفة يلحق بالاول وقال
يحيى عليه السلام يلحق بالثاني اما الكلام في بيان اقل الحمل واكثره فسيجيء في موضعه من هذا
الكتاب واما الكلام على الشافعي في بطلان حكم القافة وانه لا يجوز الرجوع اليه فسيجيء الكلام
فيه مجددا في مسئلة الامة اذا وطئها رجلان ثم جاءت بولد فاذا ابطل القول بالقافة سقط
قوله واما الكلام على ابي حنيفة وهو الذي يختص هذا الموضع فلولا الاخلاف بيننا وبينه انها لو
جاءت به بعد سنتين منذ فارقها الاول ولستة اشهر منذ فارقها دخل بها الثاني ان الولد
يلحق بالثاني فكذلك ان جاءت به قبل الحولين منذ فارقها الاول والعلة انها جاءت به في زمان
يصح ان يلحق بالثاني من غير ان يظهر بها الحمل قبل دخول الثاني فوجب ان يلحق به وليس لاحد
ان يبدي في علتنا انها لا تؤثر لانها على اصلنا مؤثرة لان بعد الحولين قبل استكمال الاربع سنين
يصح ان يلحق بالاول عندنا فلم تكن العلة غير ما ذكرنا الا ترى انها لو اتت به لاقل من ستة
اشهر منذ دخل بها الثاني لم يلحق به ويقوي هذا القياس ما ذكرناه وهو مما يصح

ان يحصل بهذا الاستدلال في المسألة وذلك انا قد اتفقنا على انه لا بد من ان يلحق باحد
الفراشين اعني فراش الاول او فراش الثاني وجب ان يراعى اقوى الفراشين وقد علمنا ان
فراش الثاني اقوى من فراش الاول بوجهين احدهما ان الاول والثاني لو تجاحدا
لكان يكون البينة على الاول واليمين على الثاني وقد علمنا في الاصول ان اليمين ابدا
تلزم في الجانب الاقوى الا ترى ان من ادعى شيئا في يد انسان وانكره المدعى عليه تلزم اليمين
المنكر لانه اقوى لكون الشيء في يده وكذلك من ادعى حقا على اخر فانكر تلزم اليمين المنكر لانه
اقوى لكون استناده الى براءة الذمة وكذلك لو ادعى حقا على الاخر فقال المدعى عليه قد
وفيتك حقك رجعت اليمين الى المدعي لانه قد صار اقوى لثبوت ما ادعاه باقرار المدعى عليه
فثبت بما بيناه ان فراش الثاني يجب ان يكون اقوى فان قيل اليس لو ثبت ملك المدعي والمدعى عليه
في الشيء الذي هو في يد المدعى عليه كان الواجب ان يقسم بينهما ولم يراع فيه قوة من في يده الشيء قيل
له لانا لا نحوج فيه الى مراعاة قوة احد المالكين لجواز قسمته بينهما وليس كذلك الولد
في هذه المسألة على انا قد اتفقنا على انه لا بد من ان يلحق باحدهما وجب ان يراعى قوة سببهما
والوجه الثاني الذي تبين ان فراش الثاني اقوى واولى ان يلحق الولد به انه متجدد والامر
المتجدد اولى ان يتعلق به الحكم المتجدد من الامر الماضي لانه يصير في حكم المجاور للحكم
بكسبه كذلك ما اتفقنا عليه ان من حلف لا يكفر بالحنث ولو كونه سببا اولى من كون
اليمين ولهذا امتنع اصحابنا واصحاب ابي حنيفة من القول بان اليمين وحدها تسمى الكفارة
وقالوا ان سببها الحنث فقد بان بهذين الوجهين ان فراش الثاني اقوى واذا ثبت انه اقوى
وجب الحاق الولد به على انه قد روي عن ابي حنيفة في المراة المفقود زوجها لو تزوجت لتقدير
عليها بعد اربعة اشهر وعشر وجاءت بولد ثم جاء الزوج الاول الحق الولد بالثاني
وروي انه هو القول المرجوع اليه وان كان روي عنه انه للاول والرواية التي ذكرناها
تبين انه راى ان فراش الثاني اقوى فوجب ذلك في مسالة المعتدة **فان قيل** ما انكرتم على
من قال لكون فراش الاول يجب ان يكون اقوى لان نكاحه كان في الاصل صحيحا
ونكاح الثاني كان فاسدا **قيل له** الكلام في الفراشين دون السببين ونحن انما نراعي قوة
الفراشين دون قوة سببهما على ان سبيل ما ثبت بالوطء والوطء لا يصح ان يقال فيه
انه صحيح او فاسد لان ذلك انما يقال في العقد فسقط هذا الاعتراض **مسألة**
وعلى المراة ان تستبرئ من الثاني ثم تبني على ما مضى من عدة الاول التي قطعتها بالتزويج حتى
تتمها فاذا خرجت من عدتها تزوجت ايهما شاءت او غيرهما وهذا منصوص عليه في الام
وقال الشافعي مثل قولنا في انه لا بد لها من العدتين وهو قول ابراهيم والشعبي روي
ذلك عنهما هناد بن السري قال ابو حنيفة احد العدتين تدخل في الاخرى **والدليل**
على صحة ما ذهبنا اليه ما رويناه عن علي عليه السلام انه قضى بذلك في محضر من الصحابة وقال

عمر فيما كان من ذلك ردوا الجهالات الى السنة ورجع الى قوله والدليل في هذا الحكم من
ثلثة اوجه احدها انا نذهب الى ان قضاء امير المومنين علي عم وانه يجب ان
يتبع ولا يجوز ان يخالف والثاني انه قضى به في مشهد من الصحابة واحدهم عمر ولم
ينقل فيه خلاف فصار ذلك اجماعا والثالث قول عمر ردوا الجهالات الى السنة فدل
ذلك على ان ما قضى به علي عم كان سنة وهذا يجري مجرى الرواية عن النبي صلى الله عليه
واله وسلم وروى ايضا هناد باسناده عن الحكم قال قال علي عليه السلام اذا
تزوجت في عدتها تعتد العدتين جميعا يفرق بينهما تعتد من الاول ثم تعتد من الاخر وقال
وامرها عمر بعدتين ورجع الى قول علي عليه السلام في المهر وان له ان يخطبها بعد ذلك
ومما يدل على وجوب العدتين انهما حقان لنفسين يصح افراد كل واحد منهما عن صاحبه فوجب
الا يتداخلا دليله سائر الحقوق ويكشف ان العدة حق للزوج قول الله تعالى يا ايها الذين امنوا
اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية فبين ان العدة انما وجبت للزوج
ويبين ذلك ان الزنا لما لم يتعلق به حق الزوج لم يجب فيه العدة والوطء سواء كان عن نكاح
صحيح او عن شبهة لما يتعلق به حق الزوج وجبت العدة فبان ان وجوبها لحق الزوج
فان قيل لو كان حقا له لكان يصح منه اسقاطه
قيل له لا يمتنع ان لا يصح منه اسقاطه اذا كان يتعلق به حق الله تعالى الا ترى ان ولاية
الاب على الابن لتضمنه حق له ومع ذلك لا يصح منه اسقاطه لما يتعلق من حق غيره وهو الابن
ولم يخرجه ذلك بان يكون حقا له فكذلك ما اختلفنا فيه فان قيل ما انكرتم على من قال
لكم ان الغرض بالعدة هو استبراء الرحم وهذا الغرض يتم مع التداخل قيل له ان العدة
وان كان فيها استبراء الرحم فلسنا نقول انها لا غرض فيها سواه الا ترى انها تجب على الصغيرة
التي في حكم الطفولية وعلى الايسة وتجب من وفاة زوج طفل فاذا ثبت ذلك لم يجز ان يقال
فيها انها مقصورة على استبراء الرحم وما قلناه من انها تبتدئ العدة الثانية ثم تبني على ما مضى
من عدة الاول حتى تتمها فان الشافعي يخالف فيه ويقول تتم عدة الاول اولا فاذا خرجت منها
اعتدت للثاني وروى هناد بن السري مثل قولنا عن الشعبي ومثل قول الشافعي عن ابرهيم والذي
يدل على ما ذهبنا اليه انا وجدنا سائر العدد يجب الابتداء بها حين وجوبها ويجب بناؤها على موجبها فكذلك
ما اختلفنا فيه والمعنى انها عدة او يقال انها عبادة موضوعة في الاصل لاستبراء الرحم فاذا
ثبت ان الابتداء بها واجب حين وجوبها ثبت ما قلناه من انها تبتدئ بعدة الزوج الثاني ثم
تتم ما بقي من عدة الاول والبضاع عبادة تختص البدن فوجب ان الاخر يصرف اليها
قضاء غيرها دليله من فاتته صلوة فذكرها في اخر وقت الاخرى قبل ان يؤديها فان قيل
يجب الا تستانف عدة الاول لانها وجبت قبل عدة الثاني قيل له هذا ينتقض بالصلوتين اللتين ذكرناهما

فان قيل نعقد الاول عدة نكاح صحيح فوجب ان يكون اقوى قيل له هذا لا يمنع ما ذكرناه
لان العدد تترادف وجوبا ولا مزية في باب الوجوب لاحداها على الاخرى ولا معتبر باختلاف احوال
الموجب وفي غاية الاصول على ان الموجب للعدة حصول الفراش في الموضعين وقد بينا ان فراش
الثاني اقوى من فراش الاول وهي المسألة التي تقدمت هذه فان قيل روي عن علي
عليه السلام قال تتم عدة الاول ثم تستقبل عدة الثاني وهذا خلاف مذهبكم قيل له
لا يمتنع انه قال ثم تستقبل عدة الثاني واراد به وتستقبل عدة الثاني فتكون وضع ثم موضع
الواو وهذا غير ممتنع وعلى هذا تأولنا قوله عز وجل ان علينا جمعه وقرآنه ثم ان علينا بيانه حين
منعنا جواز تأخير البيان فان قيل فظاهر قوله يقتضي ما ذهبنا اليه قيل له لا نمنع ذلك
لكنا انصرفنا عن الظاهر بالاعتبار الذي ذكرناه كما انصرفنا عن ظاهر قوله ان علينا بيانه
للدلالة وقلنا انها اذا خرجت من العدة تبين من زوجها بما بينا لانه لا مانع من ذلك وقال
الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وقال عز وجل فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولانه
قول علي عليه السلام وروي ان عمر رجع الى قوله وعند الامامية انها لا تتزوج من تزوج بها في عدة
وحكي ذلك عن مالك

فصل قال علي في المنكح و العدة لا يكون الا زوجها حلالا
نكاحها قبل ذلك على ان لا عدة من الزنا وان تستوي الحائل والحامل في عدة في جواز العقد
عليها وهو قول ابي حنيفة ومحمد والشافعي وقال مالك لا يجوز نكاحها حتى تعتد وقال ابو
يوسف يجوز النكاح الا ان يكون حاملا فانه لا يجوز حتى تضع حملها دليلنا قوله سبحانه
واحل لكم ما وراء ذلكم وقوله سبحانه فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولم يخص ويدل عليه
قوله عليه السلام الحرام لا يحرم الحلال فان قيل فقد قال الله سبحانه ولا تعزموا عقدة
النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله وقال واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن قيل له الاول انما هي
واردة في المطلقات واللواتي في حكمهن لانه سبحانه قال بعد ذلك اسكنوهن من حيث سكنتم من
وجدكم الآية فبين سبحانه احكام المطلقات وما يلزم مهورهن ويلزم لهن وليس فيها حكم التي زنت ولا
حكم التي حملت من الزنا على ان الآية تقتضي ذكر مقدار الاجل ولم تقتض اثبات الاجل والخلاف وقع
في ثبوت الاجل وعندنا انه لا اجل لهن فان قيل روي عنه صلى الله عليه وآله وسلم انه قال
لا تسق بمائك زرع غيرك قيل له هذا كلام في الوطء وخلافنا انما هو في العقد على انه
ليس زرع ينسب الى الغير فلا يصح التعلق بهذا الظاهر وقد ثبت ان ملك اليمين
اذا وطئها سيدها لم يمنع ذلك من جواز نكاحها فكذلك وطء الزنا والعلة انه وطء لم يتعلق به
نسب ولا خلاف ان التي تكون في عدة من الناكح يجوز نكاحه لها والعلة ان الوطء الذي
حصل لم يوجب حقا للغير فكذلك لو كانت حاملا فلان الولد لا يتعلق به حق الغير
يكشف ذلك ان الزنا لا يتعلق به شيء من حقوق النكاح كالانفاق والسكنى وميراث النسب

ما عنده؟

وعندنا



وعندنا انه لا يحرم فوجب ان لا يلزمها العدة ولا وجه لتشبيههم اياها بالموطوءة بالشبهة
لان تلك الوطء له حرمة الا ترى انه يثبت به النسب والزنا لا حرمة له على وجه من الوجوه ○
مسألة قال ولا يجوز لاحد من الاولياء ان يزوج واحدة من النساء الا باذنها اذا كانت
بالغة بكرا كانت او ثيبا فان زوج احد من الاولياء امراة بغير اذنها صح العقد ووقف
على اجازتها اذا علمت ان كانت بالغة وان كانت غير بالغة اذا بلغت وقالت نص في الاحكام
قال ان لا يزوج احد من الاولياء بالغة الا باذنها ونص فيه على جواز النكاح الموقوف
وعلى اثبات الخيار فيه ونص ايضا على ذلك في المنتخب اما ما ذكرناه من انه لا يجوز لاحد من
الاولياء ان يزوج البالغة من النساء بغير اذنها فهو على الكراهة وخلاف الاستحباب
لا على ابطال العقد فقد دل على ذلك اجازته العقد الموقوف ووجه كراهته
ما رواه ابو داود في السنن باسناده عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه
وآله وسلم لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا البكر الا باذنها وقوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها
ولئلا يقع التشاجر ولئلا تحاكم وما حكيناه من الجملة يشتمل على موضعين من الخلاف احدهما
ان البالغة تستوي فيها الكارهة والسوية وهذا مما نبينه بعد هذا الموضع والثاني
جواز النكاح الموقوف والكلام فيه يختص هذا الموضع واجاز النكاح الموقوف ابو حنيفة
ومحمد وبه قال ابو يوسف واباه الناصر عليه السلام والشافعي رضي الله عنه والاصل
فيه ما رواه ابو داود في السنن عن عثمان بن ابي شيبة حدثنا حسين بن محمد حدثنا جرير بن
حازم عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله عليه وآله وسلم
فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فدل ذلك على
جواز النكاح الموقوف لان التخيير لا يكون الا مع حصول العقد ووقوعه اخبرنا بهذا الحديث
ابو بكر المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا ابو امية ومحمد بن علي بن داود قالا حدثنا الحسين بن محمد
المروزي نا جرير بن حازم عن ايوب السختياني عن عكرمة عن ابن عباس الحديث وروى
ابو بكر الجصاص في شرح المختصر باسناده عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن ابيه عن ابن عمر
قال كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم ينزع النساء من ازواجهن ثيبات كن او ابكارا
اذا هن كرهن ذلك بعدما زوجهن اباؤهن واخوانهن فدل ذلك على ثبوت الحق في النكاح
الموقوف لانه اثبت الزوجية بقوله ينزع النساء من ازواجهن ودل ايضا على ذلك بقوله اذا
كرهن بعدما زوجهن اباؤهن واخوانهن لانه بين انه نزعهن لاجل كراهتهن لانه لو كان
لفساد العقد لم يعلقه بكراهتهن ولقال لفساد العقد وبين ان حكم الاباء والاخوة في هذا

ان لها الخيار صح

وهذا الباب سوى فصح بذلك ما ذهبنا اليه ٥ وروى عن ابى بردة عن عايشة قالت جائت
فتاة الى النبي صلى الله عليه واله وسلم قالت فقالت يا رسول الله ان ابى ونعم الاب زوجنى
ابن اخيه يرفع خسيسته قال فجعل الامر اليها قالت فانى اجزت ما صنع ابى لكنى اردت
ان تعلم النسآء ان ليس الى الاباء من الامر شى فجعله صلى الله عليه واله وسلم الامر
اليها دل على ان النكاح كان موقوفا على اذنها وقولها اجزت ما صنع ابى بحضرة الرسول
صلى الله عليه واله وسلم مع مقارنة اباها على ذلك يدل على ان الاجازة تلحق
العقد المتقدم ولا يجوز ان يحمل قولها اجزت ما صنع ابى على انها كانت اجازت قبل العقد
لانه لا وجه لان يخبر بان النبي صلى الله عليه واله وسلم تشكو ولانها قالت ذلك بعد ما
جعل النبي صلى الله عليه واله وسلم الامر اليها ويمكن التعلق لصحة جواز النكاح الموقوف بقوله
تعالى وانكحوا الايامى منكم وحديث زيد بن على عن ابيه عن جده عن على عليه السلام ان
رجلا اتاه فقال ان عبدى تزوج بغير اذنى فقال له على عليه السلام فرق بينهما فقال السيد
لعبده طلقها يا عدو الله فقال على عليه السلام للسيد اجزت النكاح فان شيت ايها العبد
فطلق وان شيت فامسك فصرح عليه السلام باجازة النكاح الموقوف وبان الاجازة تلحقه
فان قيل فقد روى ان النبي صلى الله عليه واله وسلم ايما امراة تزوجت بغير ولى فنكاحها
باطل وروى عنه صلى الله عليه واله وسلم ايما عبد نكح بغير اذن مولاه فهو عاهر قيل له
يحمل الخبرين على ان المراد بهما الا ان يجيز منزلة الاجازة على انا لا نجيز العقد على المراة الا ولى سواها
ومتى كانت المراة هى العاقدة على نفسها بطل النكاح عندنا ولم يكن موقوفا فقد خرجنا
من عهدة الظاهر وقوله صلى الله عليه واله وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن سيده فهو
عاهر لا ظاهر له لانه لا خلاف انه لا يصير عاهرا بالعقد وظاهر الخبر يقتضى ذلك فلا
بد من تاويل واذا لم يكن منه بد كان لنا تاويل ما ذكرناه ويدل على الاختيار الى تقدم من لا خلاف
ان الرضا لو كان فى حال العقد لكان النكاح جايزا فكذلك اذا حصل بعد العقد
والمعنى حصول الرضا مع حصول القبول والايجاب ولا خلاف فى عقد البيع فيه للوجه مشرح
فكذلك فى عقد النكاح والمعنى انه عقد معاوضة وقياسنا يقوى بانه يفيد حكما فى الشرع
وليس للمخالف ان يعترض علينا بالحصر لانا نسوى فيه وليس الغرض حصول الرضا دون الشرط

مسـألة قال فاذا كان ذلك فلها الخيار فان اختارت نفسها انفسخ
النكاح بلا طلاق وهذا منصوص عليه فى المنتخب لا خلاف ان النكاح الموقوف على البالغة
فيه الخيار لها اذا علمت ويدل على ذلك ما مضى والحجة ان النبي صلى الله عليه واله
وسلم خير التى زوجها ابوها وهى كارهة وما فى الحديث الاخر من النبي صلى الله عليه واله

وسلم جعل الامر اليها وقلنا انه فسخ للنكاح بغير طلاق لانه اشبه الرد بالعيب ونحوه واشبه ايضا في البيع الرد بالعيب او خيار الرؤية او خيار الشرط وانه يرفع العقد ويفسخ ولا ينعقد عقد ثان ولانه فرقة لا تختص الزوج فلم يجب ان يكون طلاقا **مسالة**

قال وان كانت المراة غير بالغة وزوجها وليها كان للزوج ان يدخل بها قبل بلوغها ولها الخيار بعد البلوغ ولها المهر بما استحل من فرجها نص في الاحكام على ان سائر الاولياء للصغيرة جائز وان لها الخيار اذا بلغت ونص في المنتخب على جميع ما تضمن هذا الفصل ونص فيه ايضا على ان حكم الصغيرة والكبيرة في هذا الباب واحد وهو مذهب ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد الا ان ابا يوسف لم يجعل لها الخيار اذا بلغت وقال المنتخب عليه السلام لا ينكح الصغيرة الا ابوها وقال الناصر عليه السلام الا ابوها او جدها وهو قول الشافعي والذي يدل على صحة ما يذهب اليه يحيى بن الحسين عليه السلام قول الله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من لان الايامى اسم يقع على الصغار والكبار فاقتضى عموم الاية جواز نكاح الصغار ويدل على ذلك ما رواه ابو داود باسناده عن ابن شهاب عن عروة ابن الزبير انه سال عايشة عن قول الله تعالى فان خفتم الا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء قالت يا ابن اختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها فيعجبه مالها وجمالها فيريد وليها ان يتزوجها بغير ان يقسط في صداقها فنهوا ان ينكحوهن الا ان يقسطوا لهن ويبلغوا بهن اعلى سنتهن من الصداق وامروا ان ينكحوا ما طاب لهم من النساء سواهن وروي عن ابي داود نحوه عن ابن عباس وفيما رواه ابو داود باسناده عن عروة عن عايشة قالت ثم قال الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون ان تنكحوهن والمستضعفين من الولدان وان تقوموا لليتامى بالقسط وما تفعلوا من خير فان الله كان به عليما يعني قوله وان خفتم الا تقسطوا في اليتامى قال الزهري نهاهم عن يتيمة الحجرة حين يكون قليلة المال والجمال فنهوا ان ينكحوا ما رغبوا في مالها وجمالها من يتامى النساء الا بالقسط فدل ذلك على ان للولي ان يزوج اليتيمة التي في حجره اذا اقسط لها في الصداق وان الاولياء الذين يجوز لهم التزويج بالتي هو وليها ابن العم فثبت بذلك نكاح الاولياء للصغار فان قيل يحتمل ان يكون اريد باليتيمة الكبيرة قلنا اليتيمة اسم للصغيرة ولذلك قال النبي صلى الله عليه واله وسلم لا يتم بعد الاحتلام فمع تسميتها يتيمة بعد البلوغ حتى حملناه على ان المراد به البالغ حملناه على المجاز والتوسع دون الحقيقة والثاني ان نهاية القصة

تدل على ان المراد بها التي لم تبلغ لان البالغة اذا اعطيت دون مهر مثلها ورضيت به جاز ذلك
والمانع ورد النهي في نكاح التي لا يؤثر رضاها وسخطها وذلك لا يكون الا التي لم تبلغ **فان
قيل** يحتمل ان تكون الآية وردت في اليتيمة التي في حجر الجد **قيل له** هذا ممتنع لما في الخبر انها
نزلت في اليتيمة التي يرغب وليها وهي في حجره ان يتزوجها والجد ليس له ان يتزوج بابنة
ابنه فسقط هذا التاويل **فان قيل** فقد روي ان قدامة بن مظعون زوج ابنة
اخيه عثمان بن مظعون من عبد الله بن عمر فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم انها يتيمة
وانها لا تنكح الا باذنها فدل ذلك على ان الصغيرة لا يزوجها عمها **قيل له** الخبر ورد على
وجه يدل على انها كانت بالغة وانه صلى الله عليه وآله وسلم قال فيها انها يتيمة
على سبيل المجاز وذلك ما رواه ابو بكر الجصاص في شرح المختصر عن علي باسناده عن نافع
عن ابن عمر قال توفي عثمان بن مظعون فاوصى الى اخيه قدامة قال فزوجني قدامة
بنت عثمان فدخل مغيرة بن شعبة على امها فارغبها في المال ورأى الجارية مع امها فبلغ ذلك
رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال لقدامة الحقها بهواها فانها احق بنفسها
فانتزعها وزوجها المغيرة فدل ذلك على انها كانت كبيرة لقوله الحقها بهواها وذلك لا يجوز
ان يقال في الصغيرة لانه لا اعتبار برضاها وسخطها وكذلك ما مضى في الحديث
من انه لا يزوجها وليها الا باذنها يدل ذلك على ان اللفظ الذي تعلقوا به يدل
على ذلك ايضا لان فيه انها لا تنكح الا باذنها وذلك لا يقال الا في البالغة لان الصغيرة لا
معتبر باذنها ووجود الاذن منها وعدمه سواء فصح بما قلناه ان قوله صلى الله عليه
وآله وسلم فيها انها يتيمة على سبيل التوسع وانها كانت بالغة **فان قيل**
فقد روي عنه صلى الله عليه وآله وسلم انه قال استأمروا النساء في ابضاعهن **قيل له**
المراد به البوالغ منهن بدلالة ان استئمار الصغار لا معنى له وكذلك ان تعلقوا بقوله
الايم احق بنفسها من وليها كان محمولا على البالغة بدلالة ان الصغيرة لا تملك امر نفسها
ولا خلاف في ان للاب ان يزوجها وكذلك الشافعي يوافق على ان للجد ان يزوجها
وكذلك سائر الاولياء والمعنى انه ممن يحوز الارث بالتعصيب وجب ان يجوز انكاحه للصغيرة
اذا لم يمنع منه مانع ه [illegible] تحرير هذه العلة انه لو لم يكن ممن يحوز الارث بالتعصيب لم
يجز انكاحه نحو ان يكون عبدا او كافرا اذا كانت الابنة مسلمة وكذلك اذا كان ممن يحوز
الارث بالرحم لم يجز انكاحه وكذلك لو كانت اختا او ابنة لما لم يكن ممن يحوز بالارث

با



بالتعصيب وإذا ثبت لها العصبة مع غيرها لم يجز إنكاحها إلا بكمال الأوصاف التي ذكرنا
في إنكاحه فبان أن العلة ما ذكرناه على أن ما بيناه من جواز النكاح الموقوف يقتضي جواز هذا
النكاح إذ لم يفترق الحكم بينهما **فإن قيل** لستم تجيزون إنكاح الحاكم لها والعلة
تحصل فيه مع الأوصاف له **قيل له** هذا لا يفسد علتنا لأنه إثبات الحكم مع عدم العلة
وإنما يفسدها وجود العلة ولا حكم ومما يدل على ما قلنا أن الأب والأخ لما استويا جميعا في أنها
تجد بلوغها وجب أن يستوي حالهما فيه قبل بلوغها لكون كل واحد منهما وليا في النكاح وقلنا
أن للزوج أن يدخل قبل البلوغ لأنه لا خلاف فيه بين كل من أجاز النكاح وإذا ثبت بما
بيناه من جواز النكاح ثبت جواز الدخول ولأنه نكاح ثابت لا خيار فيه في الحال فهي المعقود
عليها وسخطها وجب أن يجوز الدخول بها دليله لو كانت بكرا زوجها أبوها أو العم زوجها
وليها بإذنها وقلنا أن لها الخيار إذا بلغت بلا خلاف إلا أبا يوسف فإنه قال لا خيار لها لأنا
وجدنا ولاية الأب على الابنة في حال كبرها لما كانت أضعف من ولايته عليها في حال صغرها
كان لها الخيار في رفع ما عقد عليها الأب في حال كبرها فكذلك سائر الأولياء لما كانت
ولايتهم أضعف من ولاية الأب وجب أن تكون للمرأة الخيار في رفع ما عقدوا عليها في الوقت
الذي يصح لها الخيار فيه وبين ذلك أن ولاية الأب عليها في حال كبرها أضعف من ولايته
عليها في حال صغرها أنه يجبرها على النكاح في حال الصغر وليس له أن يجبرها عليه في حال الكبر
وله أن يزوجها عندنا بدون مهر مثلها بغير رضاها في حال الصغر وليس له ذلك في حال
الكبر ويبين أن ولاية سائر الأولياء أضعف من ولاية الأب أنهم ليس لهم أن يزوجوا الصغيرة
بدون مهر مثلها ولا أن يفعل ذلك وأنهم لا ولاية لهم مع ولاية الأب ولأن أصل الولاية
عندنا موضوعه على التعصيب وقد علمنا أن تعصيب الأب يسقط تعصيب سائر الأولياء
فوجب أن تكون ولايته أقوى فكذلك تثبيتها أولى وإذا ثبت لها الخيار في رفع عقدهم كما ثبت
لها الخيار في رفع عقد الأب حين صارت ولايته أضعف وقد حكي إثبات الخيار لها
عن ابن عمر وطاووس وعطاء والحسن وقلنا إنها إن اختارت الفسخ كان المهر لها إذا كان
قد وطئها لأنه لا خلاف فيه ولأن الوطء الواقع بالشبهة إذا أوجب المهر كان الوطء الواقع
في النكاح الصحيح أولى بذلك لأن كل وطء يقع في غير ملك اليمين لا بد فيه من حد أو مهر

مسألة قال والبالغة إذا لم تعلم أن لها الخيار حتى دخل بها زوجها كان لها الخيار
إذا علمت فإن لم تختر نفسها فلا خيار لها بعد ذلك وهذا منصوص عليه في الأحكام **ووجهه**
أن خيارها لا يبطله إلا إذا تركته مع التمكن منه فهو في حكم من لا يمكن منه إذا لم تعرفه
ولم يحط به علما لكونه ذلك إنما لو وطئ وهو نائم أو مغمى عليها لم يبطل خيارها إذا أفاقت

لما لم يتمكن من الخيار كذلك اذا وطئت وهي لا تعلم ان لها الخيار **فصل** قال يحيى بن الحسين
عليه السلام في الصغيرة اذا زوجها الاولياء لها الخيار الا مع الاب فلا خيار لها اذا
كان المزوج لها هو الاب فدل ظاهر كلامه انه يجري مجرى سائر الاولياء ولا يجري مجرى الاب وهو
قول مالك وذهب عامة الفقهاء الى ان الجد كالاب وذهبت الامامية الى ان الجد اولى من الاب
لانه قد يلي على الاب لا بنيه **ووجه ما ذهبنا اليه** ان الجد يدلي بالاب فوجب ان
يكون ولايته كسائر الاولياء غير الاب دليله الاخ وبنائه انه لا تعصيب له مع الاب فاشبه
سائر الاولياء العصبات او نقول لانه لا حظ له في الولاء مع الاب فاشبه سائر العصبات ولا خلاف
بيننا وبين الناصر عليه السلام والشافعي انه يقاسم الاخوة فيجب ان يكون كاحدهم في ولاية النكاح
دليله الاخوة بعضهم مع بعض ولا خلاف ان الجد لا يثبت له ولاية مع ولاية الاب فوجب ان يكون
ولايته اضعف كما قلنا في سائر الاولياء فاما ما ذهبت اليه الامامية فهو خطأ لانه لا يلي
على الاب اذا كان رشيدا فوجب ان لا يلي ولده مع ثبوت ولايته ولانه عندهم يقاسم الاخوة
ويسقط مع الاب فوجب ان يكون ولايته اضعف من ولاية الاب فكيف يقال ان ولايته
اقوى من ولاية الاب **فان قيل** ان ولاية الجد تشتمل على النكاح والمال فاشبه ولاية الاب
في الولد ما اعتبرنا اولى لان ذلك لا مدخل لها في ولاية النكاح الا ترى ان الوصي له
الولاية في المال ولا ولاية له في النكاح وابن العم له ولاية النكاح وليس له ولاية المال على ان ذلك
ينتقض بالام اذا صارت وصيا فانه تجمع ولاية المال دون النكاح **فان قيل** فان ولايته للمال
والنكاح من وجهين فلا يجب ان يكون سبيله سبيل الاب **قيل له** هذا وان كان من جهتين
لا يمنع من النقض فلا يؤثر لان الولاية اذا حصلت فلا فصل ان تحصل من جهة او من جهتين
ونص في الفنون على ان ولاية الحاكم كولاية سائر الاولياء وان الصغيرة اذا بلغت كان لها
الخيار في فسخ ما عقد الحاكم عليها وهو قول محمد بن الحسن وروي عن ابي حنيفة ان ولاية الحاكم
مثل ولاية الاب **ووجهه** ان الحاكم لما قام مقام المسلمين وجب ان تكون ولايته اكثر ما فيها
ان يكون مثل ولاية العم لبيت ولاية المسلمين يجب ان يكون اكثر ما فيها ان يكون مثل ولاية
العم والاخ وايضا وجدنا ان ولاية الحاكم اضعف الولايات لانها لا تصح مع ثبوت شيء من الولاية
نسبا ولا سببا وهي ولاية الاضطرار فلم يجز ان تكون اقوى من ولاية العم والاخ ولم يجز ان
يكون مثل ولاية الاب لانا قد بينا ان للضعف والقوة تاثيرا في هذا الباب ولا
يصح الاعتماد على ان ولاية الحاكم تشتمل على المال والنكاح لانا قد بينا
سقوط ذلك وبينا ان الاعتبار بقوة الولاية وضعفها **مسألة**
قال وحد البلوغ خمس عشرة سنة الا ان تحيض قبل ذلك فان حاضت كان ذلك بلوغها

وهذا منصوص عليه في الاحكام والاخلاف ان الحيض بلوغ واختلفوا في السن فقال ابو يوسف
والشافعي ان خمس عشرة سنة من البلوغ وقال ابو حنيفة من البلوغ ثماني عشرة
والدليل على ذلك ما اخبرنا به ابو بكر المزني حدثنا السلطاني وحدثنا ابو
بشر الوراق حدثنا ابو معاوية الضرير عن عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر
قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه واله وسلم يوم احد وانا ابن
اربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة وعرضت عليه يوم الخندق وانا ابن خمس
عشرة سنة فاجازني في المقاتلة فذكر الحكم وذكر السبب فدل ذلك على ان
خمس عشرة سنة سن البلوغ **فان قيل** يجوز ان يكون النبي صلى الله عليه واله وسلم
اجازه وان لم يكن بلغ كما كان يرضخ لمن حضر الوقعة من النساء والمراهقين الذين يسمع
بهم **قيل له** انه فسر الحال وقال لم يجزني في المقاتلة يوم احد واجازني في
المقاتلة يوم الخندق فبين ان الاجازة لم تكن على سبيل الرضخ وانما كانت اجازة المقاتلة
وتلك لا تكون الا للبالغين **فان قيل** روي عن ابن عمر خلاف ما روي عنه لانه روي
عن البراء بن عازب قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه واله وسلم انا
وابن عمر يوم بدر فاستصغرنا رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ثم اجازنا يوم
احد ففي هذا الحديث ان ابن عمر اجيز يوم احد وهو خلاف ما رواه ابن عمر **قيل له**
ان ابن عمر لم ينف ان يكون اجيز يوم احد على وجه من الوجوه وانما نفى ان يكون اجيز يوم احد
في المقاتلة فيجوز ان يكون اجيز يوم احد على سبيل الرضخ ولم يجز في المقاتلة ولما
كان يوم الخندق اجيز في المقاتلة فيكون ذلك جمعا بين الخبرين ومما يدل على ذلك
انا وجدنا ... الزمان الذي يكون في الاغلب زمان الحيض يعوم في الذي لم يحض مقام
الحيض الا ترى ان الاغلب في الحيض انما يكون في كل شهر فجعل بدل اشهر في التي لم تحض ثلاثة اشهر
مقام ثلاث حيض فوجب ان يكون مضي خمس عشرة سنة يقوم فيها مقام حصول الحيض
والغلام لانه زمان يكون في الاغلب زمان الاحتلام قائما مقام الاحتلام في معنى
البلوغ ومما يؤكد ذلك ويوضحه ان الاصل فيمن ثبت عقله وصبره ان يتصرف له وعليه
جائز ما لم يمنع الشرع منه وكان هذا الاعتبار موجبا ان يكون المراة والغلام اذا
استكملا عقلهما وعرف منهما التمييز ان يصح تصرفهما لهما وعليهما وان لم يبلغا خمس عشرة
سنة الا انا لم نقل ذلك للاجماع ولما ثبت ان النبي صلى الله عليه واله وسلم لم يجز عبد الله
بن عمر وهو ابن اربع عشرة سنة مجرى الرجال واما اذا بلغا خمس عشرة سنة كان منتفيا ذلك
المانع الشرعي فوجب ان يقال يصح تصرفهما لهما وعليهما وهذا يمكن ان يجعل قياسا مجردا

الحيض وكذلك الاحتلام لما كان في الذكور في باب البلوغ
جاز ان يجري الحيض في الاناث وجب ان يكون مضي زمان يكون في الاغلب زمان ح

بان يقال لا خلاف ان من بلغ ثماني عشرة سنة رشيدا صح تصرفه له وعليه فكذلك
من بلغ خمس عشرة سنة رشيدا والعلة حصول العقل من دون منع شرعي من ذلك وليس
لهم ان يقولوا ها هنا شرع يمنع من صحة تصرفه اذا بلغ خمس عشرة سنة
على ان التقدير بثماني عشرة سنة لم يجر في شيء من الاصول ولم يرد توقيف به ولا وجه
للتقدير به والتقدير بما ذهبنا اليه موجود في الاصول وورد به الاثر فهذا اولى الا ترى
ان المخالف يجعل خمس عشرة اقل الطهر واقل الاقامة خمس عشرة والشافعي يجعله اكثر
الحيض ولا خلاف ان تقدير الابل في دية المنقلة خمس عشرة و ورد به النص فصار
ما ذهبنا اليه اقوى واولى

مسألة قال واذا مات فلان الجارية صاحبه والنفقة واجبة لها من يوم العقد وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب واما ان تجب
الموارثة بينهما لان الزوجية قد ثبتت على ما بيناه فوجب التوارث لقوله تعالى ولكم نصف
ما ترك ازواجكم وقوله ولهن الربع مما تركتم واوجبنا ايضا النفقة على ما بيناه في كتاب النفقات

مسألة قال واذا زوج الاب الصغيرة لم يكن لها الخيار اذا بلغت بكرا كانت
وكذا القول في الذكر الصغير اذا زوجه ابوه وعلى الاب المهر ان ضمن عليه وهذا منصوص عليه في المنتخب
ويحصل المذهب ان الاب اذا زوج البالغ بغير اذنها فلها الخيار بكرا كانت او ثيبا والاعتبار
عندنا انما هو بالكبر والصغر وهو قول ابي حنيفة قال الشافعي يزوج الاب البكر البالغة
كانت او غير البالغة ولا اعتبار برضاها ولا تزوج الثيب الا باذنها فاعتبر البكارة والثيوبة
والاصل فيه ما قد مناه باسناده من حديث عكرمة عن ابن عباس ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله
عليه واله وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه واله وسلم
وحديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه واله وسلم نزع النساء من ازواجهن ثيبات وابكارا
اذا كرهن ذلك بعدما زوجهن اباؤهن واخوانهن فدل ذلك على ان تزويج الاب لا يقطع
خيار البالغة وان كانت بكرا واخبرنا ابو بكر المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا ابو صالح الحكم بن موسى
حدثنا شعيب بن اسحق الدمشقي عن الاوزاعي عن عطاء عن جابر ان رجلا زوج ابنته وهي بكر بغير
امرها فاتت النبي صلى الله عليه واله وسلم ففرق بينهما وهذا صريح ما ذهبنا اليه ولا وجه
لمن يعترض هذا الحديث بان يقول ان غير ابي صالح رواه عن عطاء عن النبي صلى الله عليه واله
وسلم ولم يذكر فيه جابرا لوجهين احدهما انه يجوز ان يكون ابو صالح حفظ ما لم يحفظ غيره
والثاني انه لو كان لم يذكر جابرا وذكر عن عطاء مرسلا لصح عندنا فانا نقبل المراسيل
واخبرنا المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا ابو زرعة عبد الرحمن بن عمرو الدمشقي حدثنا
ابو نعيم الفضل بن دكين حدثنا ابو شعيب بن ابي اسحق عن ابي بردة عن ابي موسى عن ابيه قال قال النبي

واله وسلم اليتيمة في نفسها فان سكتت فقد رضيت وان ابكرت لم تكره والمراد به البكر اذ لاخلاف ان السكوت لا يكون اذنا لغير بكر فيجب ان يكون ذلك مستعملا في بكر سوا كان المزوج لها ابا او غيره وليس للاحناف تعلق بان يقول قوله صلى الله عليه واله وسلم اليتيمة يدل على ان الاب لها لانه لاخلاف ان الايم تعتبر بلوغها والمراد به البالغة بدلالة انه صلى الله عليه واله وسلم جعل سكوتها اذنا وعلى ان الكلام به وذلك لا يكون الا في البالغة فكان المراد بقوله اليتيمة المفردة عن الزوج وهو جار مجرى قوله الايم واخبرنا ابو بكر المقرى حدثنا الطحاوى حدثنا ربيع المؤذن حدثنا سفيان بن عيينة عن زياد ابن سعد عن عبد الله بن الفضل انه سمع نافع ابن جبير يحدث عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه واله وسلم قال الثيب احق بنفسها من وليها والبكر تستامر فاوجب استيمار البكر ولم يفصل بين ان يكون المزوج ابا او غيره واخبرنا ابو بكر المقرى حدثنا الطحاوى حدثنا ابو بكرة حدثنا ابو داود حدثنا هشام الدستوائي عن يحيى ابن ابي كثير عن ابي سلمة عن ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه واله وسلم قال لا تنكح الثيب حتى تستامر ولا البكر حتى تستاذن قالوا كيف اذنها يا رسول الله قال ان تسكت فمنع رسول الله صلى الله عليه واله وسلم من نكاح البكر الا بعد استيذانها ولم يفصل بين انكاح الاب وغيره فدل ذلك على صحة ما قلناه وروى ابو بكر الجصاص في شرح المختصر باسناده عن انس قال جاءت جارية بكر الى رسول الله صلى الله عليه واله وسلم فقالت ان ابي زوجني ولم يستامرني فقال لها توق ابو بكر مرهب يرددها عليها فالت فذهبت من عنده ففرق بينهما النبي صلى الله عليه واله وسلم وروى ابو بكر ايضا باسناده عن نافع عن ابن عمر ان رجلا زوج ابنة بكرا فكرهت واتت النبي صلى الله عليه واله وسلم فرد نكاحها وروى ايضا باسناده عن خنساء ابنة خدام قالت كانت الكمنى اب وانا بكر فشكوت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه واله وسلم فقال لا تنكحها وهي كارهة وحديث زيد ابن علي عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم تستامر البكر في نفسها فان اذنت البكر نستحيي قال اذنها صماتها والاخبار في هذا كثيرة ولو تتبعناها لطال الكتاب وكل ذلك دال على صحة ما ذهبنا اليه فان قيل روى ان ابن عمر خطب ابنة عبد الله ابن النحام وابان يزوجها اباه وزوجها ابن اخيه حمزة وكان هوى الجارية وامها في عبد الله ابن عمر فذهبت امرأة عبد الله ابن النحام الى النبي صلى الله عليه واله وسلم وخبرته ان عبد الله انكح ابنته ولم يوامرها فاجاز النبي صلى الله عليه واله وسلم نكاحها قيل له يحتمل ان يكون اجاز نكاحها لانها كانت لم تبلغ ويحتمل ان يكون صلى الله عليه واله وسلم اجازه لانها سفهها لم تحضر رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ولم يكن يثبت كراهتها وليس لهم ان يتعلقوا بقوله صلى الله عليه واله وسلم الثيب احق بنفسها من وليها والبكر تستامر بفرق بينها وبين البكر لانه قد روى الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم يشمل البكر والثيب ولان لفظ الثيب انما لا يوجب ان البكر ليست احق بنفسها وفائدة

حدثنا اسمعيل

حدثنا ام ...

النفرقة بيان ان السكوت في البكر رضا دون الثيب ولا خلاف ايضا انها اذا بلغت
لم يعقد عليها ابوها سائر العقود الا باذنها فكذلك عقد النكاح والعلة انه عقد على
بالغة حرة ولا خلاف ان سائر الاولياء لا يعقدون عليها النكاح الا باذنها فكذلك الاب والعلة
ان كل واحد منهما لا يعقد عليها سائر الاولياء الا باذنها وايضا لا يعقد عليها ابوها عقد النكاح
ان كانت ثيبا الا باذنها فكذلك اذا كانت بكرا والمعنى انها بالغة وقياسنا اولى من قياسهم البكر
اذا كانت بكرا على الصغيرة البكر لان للبلوغ والصغر تأثيرا في اثبات الولايات وقطعها
بالاتفاق ولا مدخل للثيوبة والبكارة عندنا في ذلك على وجه من الوجوه ولان سائر العقود
يختلف حالها بالبلوغ والصغر ولا يختلف حال شيء منها بالبكارة والثيوبة وروى زيد بن علي
عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام قال اذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة ثم بلغت جاز ذلك
عليها وليس لها ان تأبى وان كانت كبيرة فكرهت لم يلزمها النكاح فاعتبر الصغر والكبر
دون ما عداهما فدل ذلك على صحة قياسنا ويؤيد ذلك قوله تعالى لا اكراه في الدين فمنع
من كل اكراه فاما البكر الصغيرة فلا خلاف ان الاب اذا زوجها لم يكن لها الخيار وكذلك
الثيب الصغيرة والعلة الصغر وقد ثبت ان اعتبار الصغر اولى من اعتبار الثيوبة
على انه لا خلاف بيننا وبينهم في الثيب الصغيرة اذا كانت ذات عاهة ان اباها يزوجها
وكذلك اذا لم يكن ذات عاهة والمعنى الصغر على انه اذا ثبت ان البكر البالغة لا يزوجها
ابوها الا باذنها ثبت ان البكارة ليست علة في جواز العقد عليها وان العلة هي
الصغر فثبت ما ذهبنا اليه في الثيب الصغيرة وقلنا ان الصغيرة في هذا المعنى كالصغير
لان ولاية الاب عليهما على حد واحد وقال في المنتخب ان المهر يلزم الاب وقلنا ذلك شرط
الضمان صحيحا لانه شبيه بالحمالة والحمالة لا تثبت الا بالتقبل من الحامل بعينها فقلنا ان الضمان
ايضا لا يثبت الا بتقبل له يخصه ولا خلاف انه يلزمه مع الضمان مسئلة واذا زنى
الرجل بامرأة لم يكن له ان يتزوجها الا بعد ان يتوبا فان تابا جاز نكاحهما وهو منصوص
عليه في الاحكام وابو العباس الحسني رحمه الله تعالى خرج المنع على الكراهة والتمام دون
فساد العقد ذكر ذلك في النصوص وان عمدتنا دليل القسم ويحيى عليهما السلام في قوله
سبحانه الزاني لا ينكح الا زانية او مشركة فلان الوطء زنا وجعل الفائدة في ذلك
اخراجها من اسم الايمان كما قال صلى الله عليه وآله وسلم لا يزني الزاني حين يزني
وهو مؤمن وذلك صحيح لان الزنا اكثر ما فيه انه فسق والفسق لا يمنع النكاح
سواء طرأ النكاح عليه او طرأ هو على النكاح وقال صلى الله عليه وآله وسلم
الحرام لا يحرم الحلال فاما الحديث الذي رواه ابو داود في السنن باسناده عن عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده ان مرثد بن ابي مرثد الغنوي قال يا رسول الله انكح عناقا

وكانت بغي بمكة قال فسألت عني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ونزلت الزاني لا ينكح إلا زانية
أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك فدعاني فقرأها علي وقال لا تنكحها وكذلك
ما رواه أبو داود في السنن بإسناده عن عمرو بن شعيب عن سعيد المقبري عن أبي هريرة قال
قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا ينكح الزاني المجلود إلا مثله فإنه
يمكن حملها على الكراهة فأما بعد التوبة فلا شك فيه ٤ اسكاليه مسألة قال ولا
بأس بنكاح الخصي إذا رضيت به المرأة وهذا منصوص عليه في الأحكام ولا خلاف فيه
وقد قال الله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولأن الحظ فيه مقصور عليها فإذا
رضيت فلا مانع مسألة وإذا زوج المرأة بعض أوليائها ولها ولي أولى بإنكاحها منه
لم يجز فإن أجازه الولي جاز ولا يكون سكوته إجازة فإن طالب بصداقها كان ذلك
إجازة وهذا منصوص عليه في المنتخب ونص أيضا في الأحكام على تزويج الأبعد بحضرة
الأقرب من الأولياء لا يجوز ووجه ما قلناه من أنه إذا زوجها بعض أوليائها ولها ولي أولى
بإنكاحها أنه لا يجوز ما مضى من أنه لا نكاح إلا بولي ولا خلاف أنه لا ولاية للأخ مع الأب في عقده
فقلنا إن المرأة متى كان لها ولي فإنكاحها إلى الأبعد في حكم من ليس بولي ولذلك قلنا إنه
لا يجوز وقلنا إن إجازة الولي جائزة لما قد بينا أن النكاح الموقوف جائز وأن الإجازة تجعله وقد
مضى الكلام فيه وقلنا إن سكوته لا يكون إجازة لأن السكوت إنما يكون له حكم في الأمر المستمر
الذي يكون للإنسان فيه الخيار في وجه من الوجوه ووقت دخل بعينه فإذا مضى ذلك ولم
يختر بطل خياره كما في الشفعة وبيع الخيار فأما الأمر الذي لا يكون إلا بأمر يحدد كان الأمر فيه موقوفا
على رضا غيره فلا بد من أن يظهر من ذلك الغير ما يدل على الرضا من النطق وما يقوم مقامه ألا ترى
أن الثيب لا يكون سكوتها رضا لما كان العقد لا يبرم إلا برضاها فكذلك الولي فإن
قيل فقد قلتم أن البكر كالثيب فيكم وأن العقد لا يتم إلا برضاها ومع هذا فقد قلتم إن
سكوتها يكون رضا قيل له كان القياس ألا يكون سكوتها رضى وألا يتم العقد إلا بإظهارها
الرضا بالنطق أو ما يقوم مقامه إلا أن الأثر ورد فيها فخصصناها بما لم يرد فيه النص مبقيا
على الحكم حكم القياس يكشف ذلك أن ذلك جعل منها إقرارا ورضا لما يكون في الأغلب عليه
من الحياء وهذه العلة قد نبه عليها الآثار الواردة في هذا الباب فهي لا توجد في
غيرها فوجب أن نختص بذلك دون غيرها ممن لا يشاركها في علة الحكم وقلنا إنه إن
طالب بصداقها كان ذلك إجازة لأن طلب الصداق يقتضي ثبوت النكاح فطالبه لبنته
بالصداق تقرير للنكاح يدل على ذلك حديث زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام أن
رجلا أتاه فقال إن عبدي تزوج بغير إذني فقال له علي عليه السلام فرق بينهما فقال
السيد لعبده طلقها يا عدو الله فقال علي عليه السلام أجزت النكاح إلا أن الطلاق

كان لا يصح وقوعه الا بعقد وقوع النكاح جعل على مطالبه السيد عبده بالطلاق نوبتها

مسألة قال وينعقد النكاح بلفظ الهبة كما ينعقد بلفظ التزويج والانكاح وهو منصوص عليه في الاحكام واباه في المنتخب وكان ابو العباس الحسني رحمه الله يجعل الاصح منه رواية الاحكام ويتأول رواية المنتخب على ما نص عليه في الاحكام ويقول انما اراد ان ذلك يكون اذا لم يكن بسبب الانكاح وكلامه في النصوص يدل على ان كل لفظ يوجب تمليك الاعيان يجوز به النكاح دون ما يقتضي الاباحة والتحليل وما جرى مجراها وهو قول ابي حنيفة واصحابه وقال الشافعي لا ينعقد النكاح الا بلفظ الانكاح والتزويج والدليل على ذلك قوله تعالى يا ايها النبي انا احللنا لك ازواجك اللاتي اتيت اجورهن الآية الى قوله وامرأة مومنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها خالصة لك من دون المومنين فاحل تعالى للنبي المرأة بالهبة كما احل بالتزويج واذا ثبت ذلك في النبي ثبت في جميع الامة ما لم يمنع منه مانع من الشرع لان الاصل في الشرع ان حالنا كحاله الا فيما خص به فان قيل فقد قال تعالى خالصة لك من دون المومنين فجعل ذلك خالصة له صلى الله عليه واله وسلم دون ما سواه قيل قد قيل في معنى قوله تعالى خالصة لك ان المراد به خالصة من غير مهر لانه صلى الله عليه واله وسلم لا تحل له المرأة الا بمهر ويدل عليه ما تقدم من قوله تعالى انا احللنا لك ازواجك اللاتي اتيت اجورهن ثم قال وامرأة مومنة ان وهبت نفسها للنبي فبين ان النكاح جايز له بالمهر وبغير المهر لان الاجور هي المهور وقد قيل ان المراد به خالصة لك فلا يحل للمسلمين بعدك او بعد قرابتك فارقت واستدلوا عليه بانه لم يتقدم هذه اللفظة ما يختص باسمه غير المرأة فوجب ان يرجع قوله سبحانه خالصة لك اليها دون ما سواها واذا كان الامر على ما بينا لم يصح ان يقال ان المراد العقد بلفظ الهبة وان ذلك هو الذي خلص للنبي صلى الله عليه واله وسلم من دون المومنين ويدل على ذلك ما رواه هناد ان محمد بن كعب القرظي وعمر بن الحكم قالا ان التي وهبت نفسها للنبي ميمونة بنت الحارث امرأة من بني بكر وروى هناد باسناده عن جابر عن الحكم عن علي بن الحسين او الحسن بن علي عليهم السلام ان التي وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه واله وسلم ام شريك الدوسية وباسناده عن هشام عن ابيه قال كان يقول ان خولة بنت حكيم من اللاتي وهبن انفسهن للنبي صلى الله عليه واله وسلم وهذه الاخبار تدل على ان الهبة كانت عقدا له صلى الله عليه واله وسلم فاذا ثبت ذلك له ثبت لسائر امته على ما بيناه وروي ان امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه واله وسلم فقالت يا رسول الله اني وهبت نفسي لك فقال ما لي في النساء حاجة فسأله رجل ان يزوجها اياه فقال صلى الله عليه واله وسلم للرجل قد ملكتكها على ما معك من القرآن فدل ذلك على ان النكاح ينعقد بلفظ التمليك كالبيع ولا خلاف

ان الطلاق يقع بالصريح والكناية والعلة انه عقد يختص بمنافع البضع وايضا يملك بلفظ
الهبة بضع الامة فوجب ان يملك به بضع الحرة والعلة انه من لفظ التمليك ويعضد
قياسنا ان البيع موضوع لتمليك الاعيان والمنافع والنكاح موضوع لتمليك المنافع
دون الاعيان فلما ملك بالبيع الا على كان ان يملك به الادنى بالاولى وايضا قياسنا بعد سرعا
وجب ان يكون اولى ولا يعترض ما ذهبنا اليه لفظ الاباحة والاحلال لانهما لا يقتضيان
التمليك مسألة قال ولو ان مجوسيا تزوج امرأتين في عقدة واحدة ثم ثلاثا
في عقدة ثم اسلم واسلمن ثبت نكاح المرأتين وبطل نكاح الثلاث فان كان تزوج ثلاثا في
عقده ثم امرأتين صح نكاح الثلاث وبطل نكاح المرأتين وعلى هذا القياس كل من شاركته
الخامسة في العقدة بطل نكاحهما ونكاح الخامسة وهذا منصوص عليه في الاحكام وهو قول
ابي حنيفة وابي يوسف ره ونحوه عن قتادة قال محمد والشافعي يختار منهن اربعا
وحكى ابو العباس الحسني رحمه الله تعالى عن محمد بن يحيى عليهما السلام انه ان تزوجها بغير شهود ثم
اسلما فهما على نكاحهما اذا كان ذلك جائزا عندهم قال ابو العباس الحسني وكذلك اذا تزوجها
بغير ولي قال فان كان نكحها وهي في عدة ثم اسلما فرق بينهما قال ابو حنيفة لا يفرق بينهما
والاصل في ذلك ما اجمعنا عليه من انه لو تزوج بذات رحم محرم ثم اسلما وجب التفريق بينهما
وكانت العلة فيه انهما تناكحا على وجه لو تناكحا عليه في الاسلام لم يكن للاجتهاد مسرح
في تثبيت نكاحهما فوجب ان يكون ذلك حكم من تزوج خمسا في عقده وحكم من تزوج اختين
في عقده ولا يلزم عليه لو تناكحا بغير ولي وشهود لان هذا النكاح مما للاجتهاد فيه مسرح
في تثبيته ويدل على صحة هذا الاعتبار ما ثبت ان حكمنا وحكم الكفار سوى في الشرع فيما
يحل ويحرم وان كنا نتركهم على كثير مما هو محرم عليهم وعلينا اذا كان جائزا في دينهم للعهد
الذي لهم فاذا ثبت ذلك ثبت ان الانكحة التي ذكرناها وقعت فاسدة باطلة واذا وقعت فاسدة
باطلة لم يصححها طرو الاسلام عليها فوجب ان لا تقر مع الاسلام وليس كذلك النكاح
بغير ولي وشهود وما جرى مجراهما لانه حين وقع لم يقع على وجه يطلق القول فيه بانه باطل
الا ترى ان المسلمين لو عقداه لم يلزمنا ان نمنعهما بالفسخ ولوجب ان نخلي بينهما وبين اجتهادهما
وكذلك لو حكم حاكم لم يكن فسخه ولم يمتنع ان يستقر طرو الاسلام عليه فان قيل ما
انكرتم على من قال لكون نكاح ذات رحم محرم لم يجز ان يقر مع الاسلام لانه يستوي فيه حال ابتداء
النكاح وحال بقائه فلا يلزم عليه النكاح في العدة لان العدة تمنع من ابتداء النكاح ولا تمنع
من بقائه قيل له هذه العلة لا تنافي علتنا فنقول بهما وان كانت علتنا اعم من هذه واولى
للاعتبار الذي ذكرناه ويصحح هذه العلة وعلتنا التي قدمناها على الشافعي ومحمد في المنع
من مفارقتهم اذا اسلموا على ان يختاروا اربعا من عشر اذا كان العقد الواحد جمعهن ومن يختار

واخوه من الاختين اذا كان العقد لو انفرد جمعهما وجمع لعينا سنالها والخصوص على من خالفنا
في نكاحهم في العده وايضا لو ان امراه كان لها زوجان تزوجاها معا في الشرك ثم اسلمت واسلما
وجب فسخ ذلك النكاح فكذلك ما اختلفنا فيه للعله التي ذكرناها ولو صح لو كلها ذهبنا اليه
فان استدلوا بما روي عن معمر عن الزهري عن سالم عن ابيه ان غيلان بن سلمه اسلم وتحته
عشر نسوه فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم خذ منهن اربعا وبما روي عن الحرث بن قيس
قال اسلمت وتحتي ثمان نسوه فامرني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان اختار اربعا
وبما روي عن فيروز الديلمي قال اسلمت وعندي اختان فاتيت النبي صلى الله عليه وآله وسلم
فقال طلق احداهما وفي بعض الاخبار طلق ايتهما شئت قيل لهم الكلام في هذه الاحاديث
من ثلثه اوجه احدها ان هذه العقود يجوز ان تكون كانت قبل تحريم الجمع بين الاختين
وتحريم الجمع بين الخمس فلا تكون وقعت باطله بل يكون وقعت وهو بعد ما هذا سبيله في الاسلام
مما لا يأباه وقد دل على ذلك ما اخبرنا به ابو بكر المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا حلاد بن محمد
بن شجاع عن يزيد بن هرون حدثنا سعيد بن ابي عروبه عن معمر عن الزهري عن سالم عن ابيه
ان غيلان بن سلمه اسلم وتحته عشر نسوه كان تزوجهن في الجاهليه فقال النبي صلى الله
عليه وآله وسلم خذ منهن اربعا فبين ان نكاحهن كان في الجاهليه فان قيل انه كان قبل استقرار ال
شرع وتحريم الجمع بين اكثر من اربع وكذلك قوله لفيروز الديلمي طلق احداهما يدل على ان
النكاح كان وقع صحيحا لان الطلاق لا يكون الا في نكاح صحيح وهذا يوجب ان وقوعه
كان قبل تحريم الجمع بين الاختين والوجه الثاني انه لا يجوز ان يكون المراد بقوله اختر اي نكاحا صحيحا
جديدا والوجه الثالث انه يحتمل ان يكون المراد اختر الاوائل منهن **فصل في نص الاحكام**
على انه لا يحل الجمع بين اكثر من اربع ولا خلاف فيه بين العلماء من اهل البيت عليهم السلام
وسائر الفقهاء وحكي عن قوم مجاهيل انهم اجازوا ذلك واجماع المسلمين يحجهم مع ما روي
عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من قوله لغيلان حين اسلم وتحته عشر نسوه خذ منهن
اربعا وكذلك حديث الحرث بن قيس وما روي عن ابن عباس في قوله تعالى فانكحوا ما طاب
لكم من النساء مثنى وثلث ورباع قصر الرجال على اربع من اجل اموال اليتامى **مسئله**
قال ولو تزوج امراتين في عقده واحده وحرمت احداهما عليه لا يحل له نكاحها ثبت له نكاح الاخرى
دونها وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه انه عقد نكاح انطوى على صحه
وفساد فوجب ان لا يفسد الصحيح كما انه لو تزوج على خمر او خنزير لم يفسد النكاح ولا يجب
ان يكون سبيله سبيل من اشترى عبدا وحرا بثمن واحد لم ينعقد البيع لفساده الشروط
انما سببه والغرر والا انطوى على اي فساد كان وليس كذلك عقد النكاح فان
قيل اليس من تزوج خمسا في عقد واحد كان نكاح الجميع فاسدا قيل له نحن ان نكون ذلك

الفرق بين النكاح والبيع في صحته و الحمل على ما ذكر

سبيل

سبيل من تزوج باجنبية وذات رحم محرم قيل له ليس سبيل المسئلتين سبيلا واحدا وذلك
ان من تزوج خمسا في عقد واحد يكون عقد كل واحدة منهن فاسدا لانه جامع بعقد كل واحدة
منهن بين خمس وليس كذلك سبيل من تزوج باجنبية وذات رحم محرم لانه بان جمع بكل
واحدة منهما بينهما لا يجب فساده الا ترى انه لو تزوج كل واحدة منهما على صاحبتها ثبت
نكاح الاجنبية وبطل نكاح ذات الرحم المحرم فكذلك اذا جمع بينهما ولو انه تزوج واحدة
ثم اربعا ثبت نكاح الواحدة وفسد نكاح الاربع فلا بد من حصول الفساد في التي وردت
على الاربع وليس واحدة من الخمس اولى بذلك من صاحبتها فوجب فساد نكاحهن لحصول
الفساد فيهن لا بعينه والفساد في الاجنبية وذات الرحم متعين

باب القول في ذكر الاولياء اولياء المراة

في الانكاح هم العصبة واولاهم هم الابن ثم ابن الابن وان سفل ثم الاب ثم
الجد اب الاب وان علا ثم الاخ للاب وام ثم الاخ للاب ثم ابن الاخ للاب وام ثم ابن الاخ
للاب ثم العم للاب وام ثم العم للاب ثم ابن العم للاب وام ثم ابن العم للاب وان سفل ثم ابن
العم للاب وان سفل ثم ابن العم عم الاب وان بعد ثم المولى وهو المعتق وهذا منصوص
عليه في الاحكام والصحيح ما ذهبنا اليه من ان الابن اولى بالانكاح من الاب وهو قول مالك
وابي يوسف وقال محمد والشافعي الولي هو الاب دون الابن والاصل في هذا ما اجمعنا عليه
من ان الاب اولى من الجد والعلة انه لا تعصيب للجد مع الاب فوجب ان يكون الابن اولى من الاب
اذ لا تعصيب للاب مع الابن ويبين صحة هذا الاعتبار انا وجدنا الاية منصوصة
على التعصيب ووجدنا كل من لا تعصيب له مع غيره يكون ذلك الغير اولى بالانكاح منه
كالاخ للاب والام مع الاخ للاب وكالاخ للاب مع ابن العم وكالعم للاب والام مع العم للاب
فان قيل فالجد يحوز السهم عندكم مع الاخوة ويكون التعصيب لهم ومع هذا فمعلوم
ان الجد اولى من الاخ قيل له لم يعتد بالسهم الاخوة في بعض الاحوال على جهة التعصيب
وانما يحوز السهم في الموضع الذي يحوزه المزية له ولتلك المزية جعلناه اولى من الاخ الا ترى
ان الاخ لا يكون اسعد من الجد بحال وقد يستويان في التعصيب ويكون الجد اسعد
من الاخ في حال وليس كذلك حكم الاب مع الابن اذ لا تعصيب له مع الابن بحال فان قيل
الاب اولى لانه يعقد عليها النكاح لانه هو الذي يعقد عليها سائر العقود كالبيوع ونحوها
قيل له اعتبارنا اولى لانه هو المراعى في ولاية النكاح ولا يعتبر فيها العقود وسائر
العقود الا ترى ان الوصي يعقد على الصغيرة سائر العقود وليس له عقد النكاح
وانما هو للعصبة فان قيل الابن ليس من نسبها وانما جعل النكاح الى من يكون من نسبها
لان العصبة التي بالحوزة راجعة الى من يكون لها نسبا قيل له الابن هو منها فهو اقرب

شيئا البتة من غيره والعصبة تدلي بالحق للابن كما تدلي بنو الاعمام العصبات على انا نعلم من طريق
العادة ان اشفاق الجد والعصبة لما يكون من جهة ابنه كما يلي العم على ما يكون من اخيه
ومع هذا لا ولاية للخال فدل ان الاعتبار غير مقتضى عليها فان قيل
فقد روي عن النبي صلى الله عليه واله وسلم انه قال لا يؤم الرجل اباه وان كان افقه منه فاكد حقوق
الآباء فيجب ان لا يكون اولى منه بالانكاح قيل له وتاكد الحق ايضا لا مساغ له في هذا الباب
لانا نعلم ان الام آكد حقا من ابن العم ومع هذا الولاية لابن العم دون الام على ان هذا لو صح لوجب ان
يكون الجد اولى من الاب ويقوى اعتبارنا بحديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه واله وسلم
اقسموا المال بين اهل الفرائض على كتاب الله تعالى فما تركت الفرائض فلاولى رجل ذكر ولا
خلاف ان الابن والاب اذا اجتمعا كان فاضل المال للابن فثبت انه اولى فاذا ثبت بما ذكرناه
من ان الولاية في النكاح طريقها التعصيب بان صحة ما ذكرناه في اول الفصل مسألة قال وينبغي
للاب والجد ان يعقدا دون الابن باذنه وتوكيله وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه
ما روي عن النبي صلى الله عليه واله وسلم من قوله لا يؤم الرجل اباه وان كان افقه منه
فوجب تعظيمه وتوقيره وقال ايضا في حديث القسامة الكبر الكبر يعني على
توقير الاسن وروي ليس منا من لم يرحم الصغير ويوقر الكبير مسألة قال ولا ولاية
لمن لم يبلغ والبلوغ خمس عشرة سنة او الاحتلام او الانبات وكذا القول فيمن احبل عليه لان
برضا المرأة وغير عقده شأن الاولياء في الاحكام على ما ذكرناه في البلوغ ونص فيه على
ما ذكرته في الاب المختل العقل اذا زوج ابنته اما الاحتلام فلا خلاف بين المسلمين انه بلوغ واما
بلوغ الصبي خمس عشرة سنة فقد دللنا على انه حد البلوغ فيما مضى من الاعراض واعادته واما
الانبات فقد اعتمد يحيى عليه السلام لكونه علما للبلوغ ما اخبرنا به ابو بكر المقرئ
حدثنا الطحاوي حدثنا محمد بن خزيمة قال حدثنا حجاج عن حماد بن سلمة عن ابي جعفر
الخطمي عن عمارة بن خزيمة عن كثير بن السائب حدثنا ابناء قريظة انهم عرضوا على رسول الله
صلى الله عليه واله وسلم يوم قريظة من كان محتلما او نبتت عانته قتل ومن لم يكن
احتلم او نبتت عانته ترك فدل ما فعله صلى الله عليه واله وسلم من قتل من احتلم
او نبتت عانته ان حكم الانبات والاحتلام في معنى البلوغ سواء واخبرنا المقرئ
حدثنا الطحاوي حدثنا يونس بن عبد الاعلى اخبرنا ابن وهب عن عمرو بن محمد عن نافع عن اسلم مولى
عمر قال كتب عمر الى امراء الاجناد ان لا تضربوا الجزية الا على من جرت عليه المواسي
وبه المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا ابن مرزوق حدثنا ابن وهب حدثنا سعيد
عن ابن حصين عن عبد الله بن عبيد بن عمير عن ابيه ان عمر اتي بغلام قد سرق فقال

انظروا الى احضر مؤتزره فان كان احضر فاقطعوه وان لم يكن احضر فلا تقطعوه وذلك
قول عمر وعثمان على ان الانبات بلوغ اذ لا خلاف ان الحد لا تضرب الا على البالغ وان القطع لا يجب
الا على البالغ ولم يرو ان احدا من الصحابة انكر ذلك فدل على انه اجماع منهم وحكى ابو جعفر
انه قول ابي يوسف ومحمد واما المختل العقل اذا زوج فقد ذكر ابو العباس الحسني
رحمه الله تعالى انه يصح بالاجازة اذا لم يكن مطبق الجنون وكان بمنزلة المراهق وانه ان كان
مطبق الجنون لم يجز والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم امر ابن ام سلمه
ان يزوجها منه وهو مراهق وما ذهب اليه يحيى عليه السلام ان المراهق يجوز بيعه وشراؤه
اذا اذن له فيه وليه وهذا مما نبينه بعون الله في كتاب البيوع واذا ثبت ذلك صح ما
قلناه في المختل اذا زوج برضا المرأة ورضي الاولياء مسأله قال وليس للوصي ان
ينكح الا باذن الولي وهو قول ابي حنيفه والشافعي ووجهه قوله صلى الله عليه وآله وسلم
لا نكاح الا بولي واسم الولي لا يتناول الوصي على الاطلاق وايضا فقد بينا فيما مضى ان ولاية النكاح
مقصورة على التعصيب ويكشف ذلك ان الاب والابن والجد اذا خرج كل واحد منهم عن ان يكون
له حيازة ارث بالتعصيب بان يكون كافرا او عبدا او مكاتبا خرج من الولاية ولم يكن له فيها
حظ فاذا ثبت ذلك ثبت ان الوصي لا حظ له فيها فان قيل اليس الحاكم له ولاية وان لم يكن
له تعصيب قيل له هو مخصوص بما له من الولاية العامة والاجماع والاثر فان قيل اذا جاز ان يقوم
الوصي مقام الاب في التصرف في المال فهلا جاز ان يقوم مقامه في الولاية قيل له لان الولاية
اذا زالت صارت حقا للغير ممن زالت عنه وليس كذلك التصرف في المال الا ترى ان امرأة لو كان لها
اب واخ فجن الاب او مات صارت الولاية للاخ ولم يصر حق التصرف الى الاخ فاذا ثبت ذلك و
ان الولاية منقطعة عن الاب بموته فلا يجوز لمن يقوم مقامه على ان التصرف في المال ليس بحق للاب
وانما هو حق للولد وليس كذلك ولاية النكاح لانها حق للاولياء فلا يحصل هذا الحق لمن لا حظ له في
الولاية فان قيل اليس وكيل الاب يزوج فما انكرتم ان يكون وصي الاب يزوج قيل له ليس
الوكيل معبرا عن غيره وليس كذلك الوصي الا ترى ان الموكل اذا مات بطلت وكالة الوكيل
وليست كذلك الوصية لانها لا تصح الا بعد موت الموصي ويدل على ذلك انه قد ثبت ان الولاية
حق للاولياء لانه قوله صلى الله عليه وآله وسلم الايم احق بنفسها من غير كفو ولما ثبت ان الكبيرة
مع صحة تصرفها في سائر حقوقها لا يصح تصرفها في ولاية النكاح من دون الاولياء فاذا ثبت

ذلك وجب ان لا يجوز تصرف الولي كما لا يجوز تصرف الوصي في حقوق الورثة الكبار والعقلاء
انه حتى بالغ لرشد وجب ان لا يجوز تصرف الوصي فيه ولو كان ذلك ان الوصي لا اعتراض عليه
فيما يكون من المراة من وضعها نفسها في غير كفو ليثبت له الولاية العامة ولا التعصيب
فوجب ان لا يجوز انكاحه كسائر الاجانب فان قيل الشرط حتى علم اجاز نكاح الوصي وكان
الوصي يامر الاحكام قيل له اجاز ذلك اذا لم يكن احد من العصبة فاجراه مجرى غيره من المسلمين
على انه لا يمتنع ان يقال ان تعديه بسبب على غيره اذا لم يكن احد من العصبة ولم يوجد
حاكم كما نص على ذلك في ذي الرحم مسـألة قال والمسلم لا يكون وليا للكافر
والكافر لا يكون وليا للمسلمة لا في النكاح ولا في السفر ولا ولاية في النكاح للمملوك ولا المدبر
ولا المكاتب ولا لذوي الارحام ولا لمن يعرف بالرضاع وتستحق بعد ذوي الرحم في الانكاح من
الاجنبي ولا يجب جميع ذلك منصوص عليه في الاحكام الا ما ذكرناه في ذوي الارحام فانه منصوص
عليه في المنتقى على انه قال في الاحكام الا في باب العصبة نسبه على ان لا ولاية لذوي الارحام
هذا ذكرناه من انه لا ولاية للمسلم على الكافرة ولا للكافر على مسلمة مما لا احفظ فيه خلافا
وقد قال الله تعالى لا تتولوا قوما غضب الله عليهم وقال سبحانه لا يتخذ
المومنون الكافرين اوليا من دون المومنين فنفى ان يتخذوهم اوليا ويكونوا وليا لهم
وقال والمومنون والمومنات بعضهم اوليا بعض وقال في الكافرين بعضهم اوليا
بعض فدل على ان ولايتهم مقصورة عليهم وان ولايتنا مقصورة علينا وقلنا ان الكافر
لا يكون وليا للمسلمة في السفر لانه لا يومن عليها ولا يومن ان يفتنها عن دينه وقلنا العبد لا ولاية له
لانه لا يلي نفسه فوجب ان لا يلي غيره كالصغار والمجانين ولانه لا سهم له في الغنيمة ولا يلي
القضا فاشبه الصغير وكذلك المكاتب والمدبر للوجه الذي ذكرنا فان قيل
فالمكاتب يتصرف قيل له تصرفه يجري مجرى تصرف العبد الماذون له في التجارة لانه لا يلي
نفسه على انا قد بينا ان الولاية مقصورة على التعصيب فاوجب ذلك صحة ما قلناه في ولاية
المسلم والكافر والعبد لانه لا تعصيب لهم واما ذوو الارحام فقد قال ابو حنيفة
انهم يكونون اوليا اذا لم يكن هناك عصبة موجودة وما بيناه من ان الولاية مقصورة على
التعصيب يوجب ان ذوي الارحام لا ولاية لهم وانهم بمنزلة الاجانب فان قيل
فقد قال الله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض قيل له يحكى عن المفسرين
انها نزلت في معنى الميراث وذلك انه روي ان المسلمين كانوا يتوارثون بالهجرة
لقول الله تعالى والذين امنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شي حتى يهاجروا

هذه الأيه

بحكم هذه الآية وهذا الحكم ولقوله تعالى وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض على أنا
لا نمنع أن نقول إن ذوي الأرحام أولى من سائر المسلمين على طريق الاستحباب إذا لم يكن
لغيرهم من الأولياء وصارت ولايتها إلى جميع المسلمين ويحمل الآية على ذلك فإن قيل
فقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال الخال ولي من لا ولي له قيل له
هذا الخبر وإن صح لم يكن موضع الخلاف لأنا نقول إنه ولي ولكن ولايته كولاية واحد من
المسلمين إذا لم يكن عصبة ولا سلطان ويؤكد ما ذكرناه أن ولاية النكاح من حكمها أن لا
يثبت للأبعد مع الأقرب إذا كانا جميعاً من أهل الولاية الخاصة فلو كان للخال ولاية
لوجب أن لا يكون لابن العم معه ولاية وهذا فاسد بالإجماع ولا يلزم عليه الإرث
لأن الإرث قد يحصل للأبعد مع الأقرب ألا ترى أن ابن العم يرث مع الابنة وابنة الابن ومع
الأخ لأم وقلنا يستحب تقديم ذوي الرحم على غيره من المسلمين لمزية القرابة التي له ولقول الله تعالى
وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض ولأن الاحتياط مستحب في المناكحات إذا أمكن مسألة
قال وأقصى الغيبة التي يجب معها انتظار الولي للإنكاح أن يكون الولي على مسيرة
شهر إلا أن يكون البلد الذي هو فيه لا ينال وهذا منصوص عليه في المنتخب وحكي عن أبي يوسف
أن الغيبة المنقطعة مثل ما بين بغداد والري وعن محمد مثل ما بين الري والكوفة وروي عنه
ما بين الرقة والبصرة وهذا قريب من تحديد يحيى عليه السلام ووجه ما ذهبنا إليه أن الولاية
حق للولي فلا تسقط إلا بالتوقيف ولا توقيف فيما دون ما ذهبنا إليه لأن الناس قد اختلفوا فيه
ولم يرد فيه أثر وما ذكرناه قد أجمع على أن الولاية تسقط معه فعلمناه فإن قيل فهذا
مما يلحق المرأة فيه ضرر قيل له ولو قلنا بما ذكرتم لحقنا الضرر بالولي لبخس حقه من الولاية
وإثبات حرمته عليه على أن الضرر إذا كان فيما يوجبه الشرع ويمكن أن يحمل الأمر على أن المرأة
المفقود زوجها يلزمها الصبر على ما يلحقها من الضرر وقلنا إلا أن يكون الولي في بلد لا ينال
لأن ذلك في الحكم أبعد من البلد الذي بينه وبينها مسيرة شهر إذ ذلك ينال في شهر
وما ذكرناه لا ينال مسألة قال وإذا لم يكن للمرأة ولي أو غاب غيبة منقطعة
أو أبى تزويجها من الكفو كان إمام المسلمين وليها أو من يلي من قبله فإن لم يكن إمام فرجل
من المسلمين ترضى به المرأة وقد نص في الأحكام والمنتخب على ذلك جملة ولا خلاف أن المرأة إذا لم يكن
لها ولي كان الإمام وليها أو من يقوم مقامه وكذلك إن كان غاب غيبة منقطعة أو عضلها
ويدل على ذلك ما قدمناه من حديث علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم

قال وايما امراة تزوجت بغير ولي فنكاحها باطل وان لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا
ولي له وهذا منصوص عليه في الاحكام والاصل فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه واله وسلم فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي
له واختلف اذا لم يكن سلطان فمن ذكرنا من القاسم عليه السلام ان نصرر قال ابو ثور مثل قولنا
مع فقد الاولياء والحاكم وزاد فقال وكذلك مع وجود الاولياء والذي يدل على صحة
ما ذهبنا اليه قول الله تعالى والمومنون والمومنات بعضهم اوليا بعض فاثبت لعموم
الولاية على بعض يوجب بظاهره ان يكون كل مومن وليا لكل مومنة الا ما خص
الدليل واذا ثبت ذلك وثبت ان الولاية العامة لا تكون مع الولاية الخاصة خصصنا الولاية
العامة ما وجدت الولاية الخاصة فاذا فقدت وجب اثبات الولاية العامة بظاهر الاية
ويدل على ذلك قول الله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وهذا
عام في العصبات والاقارب والاجانب ويدل على ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه
واله وسلم اذا اتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ولم يشترط ان يكون المزوج قريبا
او بعيدا وقال صلى الله عليه واله وسلم لا نكاح الا بولي وكل من ولي المراة امرها او له
اسم الولي فوجب ان يصح انكاحه ولا خلاف في البالغة اذا كان لها اخوة انها اذا عدمت ولاية
الاب لم يعدم ولاية غيره وكذلك التي لا اقارب لها اذا عدمت ولاية الامام وجب ان لا
تعدم ولاية غيره والعلة انها امراة عدمت ابا فوجب ان لا تعدم ولاية غيره ويوضح
ذلك انها لما انقطعت عنها ولاية الاقارب حصلت لها ولاية الامام فكذلك يجب ان
تحصل لها ولاية سائر المسلمين لئلا يلحقها الضرر بفقدها من يزوجها فاذا ثبت ما بيناه
ان ولايتها تحصل للمسلمين فاذا رضيت المراة جاز انكاحه لها مسألة
قال ولو ان رجلا امراة غريبة ادعت ان لا ولي لها فاكثر ما عليها ان تحلف على
ذلك وهذا منصوص عليه في المنتخب ووجهه انها اذا كانت غريبة مجهولة النسب ولا
سبيل الى معرفة اوليائها من ذوي الانساب الا من جهتها وجب ان يكون قولها في ذلك مقبولا
واما الاستحلاف فعلى سبيل الاحتياط اذا راى الحاكم ذلك مسألة قال
ولو ان وليين انكحا رجلين وكان احدهما اقرب في النسب ثبت عقده دون عقد الابعد
فان استويا صح العقد المتقدم فان عقدا معا او التبس اي العقدين كان اولا فسد
العقد لمن ترضاه المراة وهذا منصوص عليه في الاحكام ومروي فيه نحوه عن القاسم عليه
السلام قال ابو العباس الحسني رحمه الله هذا اذا كانا زوجاها باذنها وهذا
كما قال يحيى الهادي الى الحق عليه السلام قال في الاحكام الا ان ترضى المراة باحدهما
ويسقط الاخر بفسخ النكاح بينها وبين من لم ترضاه ولا يحتاج الى اعادة النكاح وهذا

قول ابي حنيفة ما قلناه من انه لا يجوز النكاح الا بعقد مع الاول وقلنا ان الوليين
المستويين اذا انكحاها من رجلين صح العقد المتقدم به لما رواه ابو داود في السنن
باسناده عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال ايما
امرأة زوجها وليان فهي للاول منهما وايما رجل باع بيعا من رجلين فهو للاول منهما
ولان احد الوليين اذا زوجها من رجل فانه بها ثبت العقد بينها وبينه وصارت من زوجته
ولم يقع عليها النكاح الثاني عن غير علم بعقد الاول وهذا قول ابي حنيفة والشافعي
وحكي عن مالك انه قال ان دخل بها الثاني عن غير علم بعقد الاول فهو اولى
بها وان دخل مع العلم او لم يدخل بها فهي للاول وهذا الفرق لا معنى له لما بينا
ولانه قد وافق انه ان لم يدخل او دخل بها مع الجهل بعقد الاول فهي للاول والجهل لا يزيل
النكاح الثابت ولا خلاف ان الاختين لو تزوج الرجل احداهما بعد الاخرى ثم دخل بها
غير عالم بالحال ان النكاح الاول هو الثابت دون الثاني فكذلك ما اختلفنا فيه والعلة
انه نكاح فاسد عرض بعد نكاح صحيح فلم يجب ان يفسد الصحيح ويصح الفاسد
للدخول على سبيل الجهل فاما اذا وقع العقدان معا او لم يدر اي العقدين وقع اولا
وقد كانت المرأة اذنت لكل واحد من الوليين بالانكاح فوجه ابطالنا العقدين
ان ثبوتهما ممتنع لا يصح وليس احدهما بالبطلان اولى من الاخر فوجب ان يبطلا جميعا
كما ان رجلا لو تزوج اختين في عقد واحد او تزوج خمس نسوة في عقد بطل نكاح الجميع
للوجه الذي ذكرناه واما اذا زوجاها بغير اذنها لم يكن واحد من العقدين ثابتا وكانا
جميعا موقوفين على ما ترضى به المرأة وهذا لا يشبه ما قلناه من فساد العقدين لانها
قد اذنت لكل واحد منهما لانه لا مزية هناك لاحد العقدين على الاخر والذي ذكرناه اخيرا
لاحد العقدين مزية على الاخر بان رضا المرأة به يتم العقد وقد حصل مع احدهما
وهناك قد حصل رضاها مع كل واحد منهما **مسألة** قال وليس للمرأة
ان تزوج غير الكفو كراهة الاولياء والكفو في الدين والنسب جميعا وهذا منصوص
عليه في الاحكام وقد استقصينا هذه الجملة الكلام فيما مضى فلا وجه لاعادته
مسألة ولا يصح نكاح بعقده المرأة وان ملكت امرأة عقده النكاح بالولاء
او الملك وكلت رجلا بعقده ويستحب ان تستشار الام في انكاح ابنتها وان لم يكن لها
من التزويج شيء وجميعه منصوص عليه في الاحكام اما ما ذهبنا اليه من انه لا يصح نكاح
بعقد المرأة فهو قول الشافعي واجاز ذلك ابو حنيفة والاصل فيه حديث علي عليه
السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ايما امرأة تزوجت بغير ولي فنكاحها باطل
وحديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال البغايا اللاتي يزوجن انفسهن

بغير ولي وقد مضى اسنادهما وحديث ابن سيرين عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى
الله عليه وآله وسلم لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها وفي بعض الحديث فان الزانية التي تزوج
وفي بعضها التي تنكح نفسها فكل ذلك يصرح لما ذهبنا اليه وعن ابن عباس البغايا اللاتي
تزوجن بغير ولي وحديث عبد الرحمن بن القاسم عن عائشة انها انكحت رجلا من بني اخيها جارية
من بني اخيها فضربت بينهم بستر ثم تكلمت حتى اذا لم يبق الا النكاح امرت رجلا فانكح ثم قالت ليس
الى النساء النكاح وقد ذكرنا اسناد هذين الحديثين فيما مضى من كتابنا هذا ولم يرو خلاف
ذلك عن غيرها فجرى مجرى الاجماع وايضا هو امر يفتقر الى الشهود فوجب ان يكون مضاوه
لا يجوز للنساء تليه كالحكم فان قيل فانتم تجوزون للمرأة اذا ملكت عقد نكاح بالملك
او الولاية ان توكل من يعقد وهذا يدل على ان لها ان تعقد قيل له لها ان تستنيب لا انه
تخلة منها كما يصح عن نفسها وفي الطواف ولا يصح طوافها لو طافت وهي حائض والرجل
قد يملك غيره من البضع الذي لا يملكه على ابد لعقد ان كان للانسان ولا يمتنع ان يعقده بنفسه
وبغيره وكان ذلك هو الاصل في عقد النكاح اذا ملكته المرأة ان لها ان تستوفيه بنفسها وبغيرها
فلما منعها الشرع من استيفائه بنفسها وجب ان يكون استيفاؤه بغيرها جائزا على ما كان
عليه فلهذا قلنا يلي من يعقد عنها على امتها ومولاتها وقلنا انه يستحب ان تستنيب الام في انكاح
ابنتها تعظيما لحقها لقول الله تعالى ووصينا الانسان بوالديه حسنا وقوله اشكر لي ولوالديك
ولان ذلك اقرب الى الالفة والالتئام واذهب في طريقة صلة الرحم وقد ندب الله تعالى اليهما

باب القول في شهادة النكاح

لا ينعقد النكاح الا بشهادة رجلين فما فوقهما او رجل وامرأتين نص في الاحكام دال المتمم على ان النكاح
لا يكون الا بشاهدين ودل كلامه في غير موضع من الاحكام على انه يجوز شهادة رجل
وامرأتين وما ذهبنا اليه من القول بانه لا ينعقد النكاح بغير شهود وهو قول ابي حنيفة والشافعي
وعامة الفقهاء وهو قول القاسم عليه السلام قال مالك وابو ثور وداود يجوز النكاح بغير الشهود
والدليل على ما ذهبنا اليه ما قدمناه من الاحاديث منها حديث الحسن عن عمران بن حصين
قال قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل وحديث
محمد بن زيد ابن علي عليهم قالا قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا نكاح الا بولي وشهود
وحديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا يجوز نكاح الا بولي وشاهدين وقد
مضت اسانيد هذه الاحاديث والاخبار وهي كثيرة بالفاظ مختلفة وروى ابو
بكر الجصاص باسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال البغايا اللاتي
ينكحن انفسهن بغير بينة وفي حديث زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام قال لا

في نكاح الا بولي وشهود شاهدين وروي اعلنوا النكاح واشهدوا النكاح وانه صلى الله عليه واله وسلم نهى عن نكاح السر وكل ذلك يوجب الاشهاد لانه ملحوظ حضره قوم لا يكون اعلانا واشادة ويكون سرا فان قيل يعلم من بعد وساد

قيل له لا يمتنع ذلك من ان يكون النكاح وقع سرا على وجه منهي عنه وهذا يوجب فساده الا ترى ان مسلما لو تزوج مشركة ثم اسلمت بعد ذلك لم يحكم باسلامها النكاح من ان يكون حين وقع وقع على وجه الفساد فكذلك ما اختلفنا فيه فان قيل فانتم تجوزون النكاح الموقوف فما انكرتم ان يكون العقد موقوفا على الاشادة قيل له يجوز نكاح الموقوف اذا لم يكن وقع على وجه الفساد الا ترى انا لا نفسخ النكاح لو عقدت به المراة على رضى الولي واجازته وكذلك لا نوقف نكاح المشركة على اسلامها وكذلك النكاح بغير شهود على ان ما ذهبنا اليه مروي عن علي عليه السلام على ما بيناه وحديث زيد بن علي عليهما السلام وقد روي ايضا عن ابن عباس ولا مخالف لهما ولا خلاف بين الفقهاء ان النكاح لا يجوز الا مع ضامة من اعلان او اشهاد وانه مخالف لساير العقود والاشهاد اولى ان يكون شرطا فيه لوجوه منها النصوص الواردة فيه ومنها ان الاعلان لا يتم الا بالاشهاد على ما بيناه ومنها ان الاشهاد له مدخل في الاحكام وصحتها وفسادها ولا مدخل للاعلان فيها فثبت بما بيناه ان الاشهاد يجب ان يكون شرطا فيه فاما ما ذهبنا اليه من انه يجوز بشهادة رجل وامراتين فهو قول ابي حنيفة واصحابه وقال الشافعي لا بد من شهادة رجلين والدليل على صحة ما ذهبنا اليه حديث زيد ابن علي بن الحسين عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه واله وسلم لا نكاح الا بولي وشهود وروي عن ابن اسحق عن ابي بردة عن النبي صلى الله عليه واله وسلم لا نكاح الا بولي وشهود وذلك يتناول الرجل والمراتين لان اسم الشهود يتناولهم جميعا وما روي عن النبي صلى الله عليه واله وسلم من قوله لا نكاح الا بولي وشاهدين يقتضي صحة النكاح برجل واحد وامراة واحدة والثانية مضمومة اليها بالاجماع وقد استدل على ذلك بان الرجل والمراتين في الشرع شاهدان بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان وعلى هذا يجب صحة النكاح برجل واحد وامراتين لصحته اطلاق اسم الشاهدين عليه ويدل على ذلك انه عقد معاوضة فوجب ان يثبت بشهادة رجل وامراتين دليله ساير الحقوق من النسب والولا والعتق وغيرها او يقال هو مما يثبت بالشهادة على الشهادة فاشبه ساير الحقوق واعتبارنا اولى لاعتبارهم

وقياسهم عقد النكاح على الحقوق في الحدود والقصاص لان الحدود والقصاص جارية مجرى العقوبات
وتعلقها بالجنايات والمأثم والنكاح يشابه الحقوق والعقود اشبه لانه عقد يحصل على
طريق المراضاة **فصل** قال ومن جازت شهادته في سائر الحقوق جازت
في النكاح نحو العبد والولد والوالدين وغيرهم وهذا منصوص عليه في الاحكام وهذه
الجملة مما لا اختلاف فيها خلافا اعني ان من تقبل شهادته يصح به عقد النكاح وانما
الخلاف في العبد هل هو من اهل الشهادة ام لا وقول اكثر العلماء في الولد والوالدين ان
النكاح ينعقد بشهادتهم ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا نكاح الا
بولي وشهود ولا بولي وشاهدين ولم يستثن عبدا من حر ولا وريثا من اجنبي والعبد عندنا
من اهل الشهادة وكذلك الولد تقبل شهادته لابويه والابوان تقبل شهادتهما لولدهما
وهذا مما يستقصى الكلام فيه في كتاب الشهادات فاذا ثبت ذلك وجب ان يصح النكاح
بشهادتهم كما يصح في سائر الحقوق **فصل نص يحيى صلوات الله عليه**
على ان النكاح لا بد في انعقاده من عدالة الشهود وهو قول الشافعي وقال ابو حنيفة
يجوز النكاح بشهادة الفاسق والدليل على ذلك ما قدمناه من حديث قتادة عن
الحسن عن عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا نكاح
الا بولي وشاهدي عدل ويدل على ذلك حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم
قال البغايا اللاتي يزوجن انفسهن بغير بينة والبينة اذا اطلقت اقتضت الشهود
العدول ولانها شرطا يتبين الشيء من جهته والفاسق لا يتبين الشيء من جهته شهادته فاقتضى
ما ذكرناه من الحديث ان تكون العدالة شرطا في الشهود الذين ينعقد بهم النكاح والاصل لاجل
ان النكاح لا يثبت مع المحاكمة بشهادة الفاسق فوجب ان لا ينعقد بشهادته بعلة
انه عقد نكاح ولا خلاف ان النساء اذا انفردن لا يثبت بشهادتهن النكاح فوجب الا ينعقد بشهادة
الفاسق قياسا على شهادتهن منفردات والمعنى انه عقد معاوضة ونقيس الفاسق على
الكافر وان النكاح لا ينعقد بشهادته لا خلاف بين المسلمين والعلة ما هو عليه من الجور
فان قيل لا معتبر بحال التحمل اذا كان من اهل الشهادة قيل له لسنا نسلم ان الفاسق
من اهل الشهادة ولا خلاف انه يجب الاعتبار بحال تحمل الشهادة في عقد النكاح الا يرى
ان الصبي والكافر لا ينعقد بهما النكاح وكذلك العبد عند مخالفينا فوجب الا يجوز شهادة
الفاسق وان تغير حاله عند انعقاد النكاح كما اعتبر حال غيره ويشهد لما قلنا قول الله

واشهدوا

واشهدوا ذوي عدل منكم وقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا فاوجب
الكف عن امضاء شهادة الفاسق ويعضد هذا ما شاع من اصول الشرع ان كل موضع
احتيج فيه الى الشهادة لم تجز شهادة الفاسق على ان شهادة الفاسق اسوأ حالا من
شهادة الكافر عندنا وعند مخالفينا لانه لا خلاف في فساد دينه وان شهادته لا يحكم بها
بينة ويحكم عندنا وعندهم بشهادة اهل الذمة اذا شهدوا على اهل ملتهم فاما تعلقهم
بعموم قوله لا نكاح الا بولي وشاهدين فلا وجه له لان الزيادة في الخبر يجب ان يكون مقبولة
كيف وقد قالوا هم ان زيادة اللفظ اولى من زيادة المعنى وخبرنا لفظه زائد وهو قوله
وشاهدي عدل على انا نخص خبرهم بخبرنا لانا نبني العام على الخاص مسـألة
قال ولو ان رجلا وامرأة اقر كل واحد منهما انه زوج صاحبه وزوجة صاحبها
جاز اقرارهما فان اقرا بنكاح من غير شهود كان النكاح باطلا وان ادعيا غيبة الشهود
او موتهم جاز اقرارهما فان اتهما امرهما استحب ان يبحث عن حالهما استحبابا واحتياطا [illegible]
على ان اقرارهما بالنكاح جائز فاقتضى ذلك ان ادعاءهم موت الشهود وغيبتهم لا يمنع
من جواز اقرارهما ولا يكون ذلك الا ان يكون هناك ما يبطل اقرارهما وذلك كلامه في
المنتقى على ما ذكرناه من ان اقرارهما بالنكاح جائز اذا لم يذكرا ما يبطل الاقرار فهما
لا خلاف فيه لان كل واحد منهما اقر على نفسه بحق لغيره وجب ان يلزمه ومثل سائر الحقوق
اذا وقع الاقرار بها وقلنا انهما اذا اقرا بنكاح من غير شهود كان النكاح باطلا لانهما
اقرا بان النكاح الذي كان بينهما كان فاسدا فوجب لذلك بطلانه فاما ادعاؤهما موت
الشهود او غيبتهم فلا يقدح في اقرارهما فلذلك اجزنا اقرارهما وقلنا انه ان توجهت
اليهما التهمة بحث عن حالهما استحبابا للاحتياط ولو لم توجه فلا وجه له لان التهمة لا توجب خلاف
ما اوجبه اقرارهما مسـألة قال ولو ان رجلا ادعى نكاح امرأة فانكرت المرأة كان
على الرجل البينة وعلى المرأة اليمين وكذلك ان ادعت المرأة النكاح وانكر الرجل وهذا
منصوص عليه في الاحكام وهو قول ابي يوسف ومحمد والشافعي وقال ابو حنيفة لا يحلف
المنكر للنكاح والاصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم البينة على المدعي
واليمين على المنكر فاقتضى الظاهر ان كل مدعى عليه تلزمه اليمين كما ان كل مدع تلزمه
البينة سواء كانت الدعوى في النكاح او في غيره وروي ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم
حلف ركانة حين طلق امرأته البتة فدل ذلك على ان لليمين مدخلا في الطلاق واذا
ثبت ذلك في الطلاق ثبت في النكاح والرجعة والولاء والنسب اذ لم يفرق احد
بين هذه الاشياء ولا خلاف ان من ادعى عليه مالا وحقا من شفعة او بيع او قصاص
لزمته اليمين فكذلك النكاح وسائر ما اختلفا فيه والمعنى انه حق لا دعوى له مطا

معين ولأنه فيما تقبل فيه شهادة النساء وجب أن يلزم فيه اليمين فإن قيل هذا الذي
ذكرتموه يأبى أن لا يصح لأن القصاص لا يقبل فيه شهادة النساء ومع ذلك يجب فيه اليمين
قيل له لا ينتقض القياس لأنه إثبات الحكم بغير العلة التي ذكرناها ومثل هذا لا يمنع
فإن قيل هذه الأمور مما لا يصح بذله من جهة الحكم والنكول بذل فلا يصح أخذه
بالنكول وإذا لم يصح أخذه بالنكول بان أنه لا يلزمه اليمين لأن اليمين لو لزمت لكانت
لا تسقط رأسا ولو كان النكول يحكم به قيل له قد علمنا أن لزوم اليمين للمدعى عليه
آكد في الشريعة من الأخذ بالنكول لأن لزوم اليمين نص ومجمع عليه والحكم بالنكول
طريقه الاجتهاد فلو كان الأولى ما ذهبتم إليه أن يلزمه اليمين فإن أسقطتم
الحق بالنكول فلا وجه لإسقاط لزوم اليمين مع تأكده في الشرع بسقوط النكول الذي
هو من طريق الاجتهاد فإن قيل نحن وجدنا اليمين تسقط في مواضع بالاتفاق كمن ادعى عليه
شرب الخمر أو الزنا ونحوهما ولم نجد في أصولنا النكول يسقط في شيء من المواضع مع لزوم
اليمين فلذلك قلنا إن اليمين تسقط إذ قد وجدنا ذلك في بعض الأصول ولم نقل إن
حكم النكول يسقط مع لزوم اليمين لأنا لم نجد في الأصول فلما وجدنا حكم النكول في هذه
المواضع ساقطا قلنا إن اليمين لا تلزم فيها قيل له ما ادعيتم من أنكم لم تجدوا في
الأصول سقوط حكم النكول مع لزوم اليمين أمر استبددتم به دون المخالف لكم فلا
يصح احتجاجكم به وإذا لم يصح الاحتجاج كان أكثر ما فيه أنه مبني على أصولكم فيعود
الأمر إلى ما قلناه من أن إسقاط حكم النكول أولى من إسقاط لزوم اليمين للوجه الذي
بيناه على أنه لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة وأصحابه أن الذين يلزمهم الأيمان للقسامة
لو نكلوا لم يكن يجب الحكم بنكولهم وقرار بناهم وأصل اتفقنا نحن وهم عليه أن حكم
النكول يسقط مع لزوم حكم اليمين فإن قيل هذه الأشياء لما لم
يصح فيها البدل أشبهت الحدود في أن لا يمين فيها قيل له هذه ينتقض بالقصاص لأن
القصاص لا يجوز فيه البدل ومع هذا فقد أوجبتم فيه اليمين فإن قيل بل هذا مما يصح
فيه البدل لأن رجلا لو قال لآخر اقتلني فقتله لم يكن عليه قصاص قيل له هذا الذي
ادعيتموه فاسد من وجهين أحدهما أنكم وإن لم توجبوا عليه فيه القصاص
فقد أوجبتم فيه الدية وإن قلتم إنها استحسان والثاني أنكم لما فرقتم بين النكول
والإقرار فجعلتم النكول بذلا وزعمتم أن يكون الإقرار بدلا فعلمتم أن الإنسان مخير
بين أن ينكل وبين أن يحلف وليس هو مخيرا بين أن يقر وبين أن لا يقر والإقرار

ان كان

ان كان الحق عليه ثابتا وجب ان لا يجوز الامتناع منه وان لم يكن الحق عليه كان كذبا
لا يجوز الايمان به وهذا بعينه موجود في بدل القتل لان الانسان ان كان دمه
محظورا لم يكن له ان يبذل قتل نفسه وكان ذلك اعظم من ان يقر بما لا حق عليه
وان كان دمه مستحقا لم يكن له ان يمتنع منه فبان ان حكمه حكم الاقرار الذي
امتنع من القول بانه بدل اشبه فاذا ثبت ذلك ثبت انتقاض تعليلكم لاسقاط
اليمين في النكاح فانه لا يصح بدله وصح ما قلناه ومما يؤكد ما قلناه انا وجدنا
كل حق اذا ثبت بالاقرار لم يكن له الرجوع عنه حكم لزمت فيه اليمين اذا انكر وكل
موضع تكون له الرجوع عنه حكم لم تلزم اليمين قد وجدنا النكاح والطلاق وما
اشبههما من هذه الامور التي اختلفنا فيها اذا ثبت بالاقرار لم يكن له الرجوع عنه
حكم فوجب ان تلزم فيه اليمين فان قيل ان النكاح عقد معاوضة فوجب ان يكون
حكمه حكم البيع في وجوب اليمين فيه قلنا ان ولهم ان النكول بدل لنفسه لانه لو كان كذلك
لم يصح من المريض الا من الثلث ويفسد ما قالوه من انا لو اوجبنا عليه اليمين لم نحكم بالنكول
لاداء ذلك الى الاسقاط وجوب اليمين بالامتناع منه وذلك انه يمكن ان يقال اذا لم نحكم بحبس
كما قلنا نحن وهم في القسامة مسألة واذا ادعت المراة على زوجها الزوجية
بما كانت عليها البينة وعلى الزوج اليمين وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه
ما مضى في المسألة التي قبلها فلا غرض في اعادته باب القول
في المهور المهر ما تراضى عليه الزوج والزوجة وهذا منصوص عليه
في الاحكام والمراد اذا كان كل واحد منهما بالغا رشيدا وهو قول ابي يوسف ومحمد
والشافعي قال ابو حنيفة ان كان نقص دون مهر مثلها فللاولياء
ان يعترضوا ذلك ووجه ما ذهبنا اليه ان المهر حق للمراة يصح منها الابراء والاسقاط به
وباسقاطه فوجب ان لا يعتبر فيه سخط الاولياء ولا رضاهم دليله سائر حقوقها من
البيع والاجارة والشفعة وما جرى مجراها فان قيل روي عن النبي صلى الله
عليه وآله وسلم انه قال ادوا العلائق قيل وما العلائق قال ما تراضى به الاهلون
الزوج والزوجة بالدلالة التي مضت فان قيل فان الاولياء لهم غضاضة بسبب نقصان
المهر كالكفو في وضعها نفسها في غير الكفو قيل له لسنا نسلم ان النقصان في المهر
غضاضة حتى يقال انها حق الاولياء يكشف ذلك انها لو ابرأت زوجها من جميع مهرها بعد
استحقاقها اياه لم يكن فيه غضاضة بل ذلك منها تفضل واحسان فكذلك اذا رضيت بالاسلاف دون مهر مثلها

وبدا عليه

سطر في الجواب
قيل وما العلائق ... الاهلون؟

بعد استحقاقها إياه لم يكن فيه غضاضة بل تفضل وإحسان ومما يشهد لذلك ما رواه أبو داود
في السنن بإسناده عن عمر رضي الله عنه ألا لا تغالوا بصداق النساء فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا
أو تقوى عند الله كان أولاكم بها النبي صلى الله عليه وآله وسلم ما أصدق رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم امرأة من نسائه ولا امرأة من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية وفي
حديث زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام ما نكح رسول الله صلى الله عليه
وآله وسلم امرأة من نسائه إلا على اثنتي عشرة أوقية ونش فإن قيل فإن المغالاة لا تخل بها وجب أن
يكون النقصان لا غضاضة فيه إلا ترى أن الكفاءة في الدين والنسب لما كان في فقدها
غضاضة كلما كان الزوج أرفع حالاً فيهما كان أتم في الحال قيل له إن مهرها قد
يعتبر به مهور نسائها من بعدها متى حصل فيه النقصان يحصل الضرر وجب أن لا يجوز ذلك قيل له
هذا ما يراد أن يرضى به الأولياء معها ولا خلاف في جوازه على أن المهر الذي يقصر عن مهر المثل
لا يعتبر به الأمر أن امرأة لو زاد في مهرها من تزوج بها رغبة فيها أضعافاً مضاعفة
لم يعتبر ذلك في مهور نسائها وكذلك لو أن رجلاً باع سلعته بدون مثلها أو فوق مثلها
لغرض من الأغراض لم يعتبر ذلك في قيمة تلك السلعة إذا استهلك عليه فوضح سقوط هذا السؤال
ويؤكد ما ذهبنا إليه ما اتفقنا عليه من أن تصرفها في مهرها بالإسقاط والهبة والاستهلاك
والإخراج عن ملكها بعوض وغير عوض جائز فوجب أن لا يعتبر فيه رضا الأولياء وأن لا [illegible] لهم
فيه حق مسألة قال وأقله عشرة دراهم وهذا منصوص عليه في الأحكام
والمنتخب وبه قال أهل العلم وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وحكي عن مالك أنه ما تقطع
به السارق وهو عنده ربع دينار وقال الشافعي هو كل ما يصح أن يتمول من قليل أو كثير
من غير تقدير والدليل على ذلك حديث زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام قال
قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يكون المهر أقل من عشرة دراهم
لا يكون النكاح لتحلل مثل مهر البغي وأخبرنا أبو العباس الحسني رحمه الله تعالى أخبرنا علي بن محمد بن مهرويه
حدثنا ابن أبي خيثمة حدثنا زكريا بن الحكم حدثنا ابن المغيرة عن مبشر بن عبيد عن حجاج عن
عطاء وعمرو بن دينار عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
لا ينكح النساء إلا الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء ولا مهر دون عشرة دراهم وقد روي عن علي
عليه السلام هذا القول وما صح عنه [illegible] وعند الشافعي المهر هو ما
جاز أن يكون ثمناً في المبيع أو أجرة في الإجارة صح أن يكون مهراً سواء كان قليلاً أو كثيراً
فإن قيل لنا قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم

وقال واتوهن اجورهن وذلك يقع على القليل والكثير قيل له لا خلاف بيننا
وبينكم في ان العام يبنى على الخاص فما ذكرتموه مبني على ما استدللنا به على ان استدلالنا
اولى لان الخبر ورد في ذكر المقدار وبيانه وفيه وقع الخلاف فكان الاستدلال به
اولى على ان اسم المال لا يطلق من جهة العرف على التافه اليسير فلو استدللنا بالآية
كنا اسعد فان قيل قال الله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان
تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فاذا فرض لها خمسة دراهم
لم يستحق بالطلاق قبل الدخول الا نصفها بظاهر الكتاب قيل له نصف هذا
المسمى لا خلاف في استحقاقه وانما الخلاف فيما زاد على ذلك فالزيادة لا ذكر لها
في الكتاب فهي موقوفة على الدلالة على انه لا يبعد على اصولنا ان نقول ان تسمية
الخمسة كلا تسمية فاذا طلقها قبل الدخول كان لها المتعة ونقول انهما لم يفرض
لهن فريضة فلم يشتمل عليها ظاهر الكتاب وان كان ابو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى
خرج على المذهب ان من سمى دون عشرة دراهم يبلغ به عشرة ولا يزاد عليها وان يكون
المعتمد على هذا الجواب الاول فان قيل فقد روي عن النبي صلى الله عليه واله وسلم
انه زوج رجلا بما معه من القرآن وروي ان عبد الرحمن بن عوف اخبر رسول الله صلى الله
عليه واله وسلم انه تزوج فقال ما اصدقتها قال وزن نواة من ذهب قال
اولم ولو بشاة وحديث ابي الزبير عن جابر ان النبي صلى الله عليه واله وسلم قال من
اعطى في صداق امرأة ملء كفه سويقا او تمرا فقد استحل وروي عنه انه قال لا جناح
على امرئ ان يتزوج من ماله بقليل او كثير اذا اشهد قيل له اما ما روي انه صلى الله
عليه واله وسلم زوج رجلا بما معه من القرآن فلا دليل في ظاهره ولا بد فيه من التأويل
لان احدا لا يقول ان نفس ما معه من القرآن يكون مهرا وقد ثبت عندنا انه لا يجوز
ان يبنى على التعليم اجرة لان تعليم القرآن لا يجوز ان يستحق عليه اجرة لما بيناه
في مسألة اخذ الاجرة على الاذان وتأويله انه صلى الله عليه واله وسلم زوجه لذلك
لانه جعله مهرا كما ان الرجل الذي تزوج لدينه لا ان الدين يكون مهرا واما قول
عبد الرحمن بن عوف اني اصدقتها وزن نواة من ذهب فيجوز ان يكون كان ذلك الذهب عشرة
دراهم وان يكون النواة التي وزن بها كان وزنها دينارا ويحتمل ان يكون ذلك قيمتها

قدمه لم يكن جميع المهر وحديث جابر من اعطى في صداق امراة ملء كفه من سويق او تمر فقد استحل ولا بيننا ولا موضع الخلاف لانه لا خلاف في ان الاستحلال حاصل فهو الذي يقتضيه ظاهر الخبر والخلاف في جواز الاقتصار به على ذلك القدر وليس في ذلك في الخبر وهكذا الكلام ــــــــ اذا تعلقوا بما روي لا جناح على امرء ان يتزوج من ماله بقليل او كثير وشابه مما يتعلقون به ما جرى مجراه فالجواب عنه على الطريقة التي ساهاها ولا خلاف بيننا وبين الشافعي ان اليد لا تقطع الا في مقدار من المال فوجب ان لا يملك البضع الا بمقدار من المال والعلة انها استباحة عضو محظور لا استباح الا بمال على البدل وقد دللنا على ان لا قطع الا في عشرة دراهم فوجب ان يكون اقل المهر عشرة دراهم للاعتبار الذي قدمناه ويدل على ذلك انه حق لله سبحانه وجب بحرمة عضو بدلا واستهلاك فوجب ان يكون له تقدير كالزكوات والكفارات ويدل انه حق لله تعالى ان الزوج والزوجة لو تراضيا على ان لا مهر لم يصح ذلك ووجب مهر المثل واعتبارنا اولى من اعتبارهم ذلك بالبيوع والاجارات لانا قد اعتبرنا ما لله سبحانه فيه حق بما له سبحانه فيه حق وما لا يد من بدل المالية ولو ان وليا ابا كان او غيره زوج حرة منه على دون مهر مثلها بغير رضاها كان لها مهر مثلها الا ان يزوج الاب ابنته الصغيرة فان حكمه جائز عليها وهذا منصوص عليه في الاحكام وقول ابي حنيفة في تزويج ابنته الصغيرة بدون مهر مثلها مثل قولنا وأباه ابو يوسف ومحمد والشافعي ووجه ما ذهبنا اليه ان المراة اذا زوجها وليها بدون مهر مثلها واذا زوج الصغيرة وليها ما لم يكن الاب اولى بدون مهر مثلها ان لها الخيار في فسخ عقد النكاح عليها لان المهر ليس باكد من عقد النكاح فاذا افتقرت عقدة النكاح الى رضاها افتقرت عقدة المهر الى ذلك ووجه قولنا ان الاب اذا زوج ابنته الصغيرة بدون مهر مثلها جاز ذلك انا قد علمنا انه لو زوجها بدون مهر مثلها برضاها وهي بالغة جاز ذلك فكذلك اذا زوجها وهي صغيرة دليله عقد النكاح لما كان اذا زوجها برضاها وهي بالغة كان العقد ماضيا كذلك اذا زوجها وهي صغيرة والمعنى انه عقد يستباح به بضعها فيشرحه هذا ان سائر العقود لا يستباح به بضعها لاستواء الامرين ان يعقد عليها وهي صغيرة وبين ان يعقد عليها برضاها وهي كبيرة وعقد النكاح لما كان يستباح به بضعها استوى الامران فيه ولا يجوز ان يكون سبيل المهر سبيل بيع ما لها بدون قيمة مثله لان القصد بالبيع الثمن فلم يجز ان يكسبها خطها فيما هو المقصود وليس المقصود بالنكاح المهر بل المقصود فيه ان يختار لها موضعا لا يصح منها ولا يحصل لها به اذية يكشف ذلك ان سائر العقود

من الباب

قلنا هذا محتمل وقد فسر القليل بعشرة دراهم الخبر الذي رويناه

ولو اعتبار ... بعقد شرعي يحصل به ... والمقصود الاصلي ... موضع ...

بلغ قابله

من الباب

من البياعات والاجارات لما كان المقصود بها الاعواض لم يراع فيها حال العاقد
فبان ان المقصود ما سواه وانما وجب حصول العوض فيه للعقد لانه المقصود
وروي ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم زوج ابنته فاطمة صلوات الله عليها على صداق
حسبناه درهم وهي سيدة النساء وقد علمنا انه صلى الله عليه وآله وسلم لم يكن ليبخسها
حظها وقد ذكرنا ما روي من قول عمر لا تغالوا بصدق النساء وروي انه قال ذلك
وخطبته فلم ينكر عليه فبان ان سبيله لو كان سبيل اثمان المبيع لجازت المغالاة
فيه بل يجب ذلك اذا كان للصغيرة او الصغير ما امكن فبان به الفرق بين المهور وبين
اثمان المبيع مسألة ومن تزوج او زوج على حكم رايل العقل كان للمرأة
مهر مثلها وكذلك لو تزوج الرجل المرأة ولم يذكر المهر وهذا منصوص عليه
في الاحكام ونص اصحابنا ايضا في المنتخب على ان ذلك فيمن تزوج ولم يسم مهرا ووجه
قولنا فيمن تزوج على حكم رايل العقل انه تزوج بغير مهر لانه لم يذكر المهر مجهولا
ولا معلوما فوجب ان يكون الواجب فيه مهر المثل فاما من تزوج من غير ذكر مهر
فلا خلاف بين علماء اهل البيت وغيرهم ان النكاح يصح ويجب مهر المثل والاصل فيه
قول الله عز وجل لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن
فريضة فنبه على ان النكاح يصح وان لم يكن معه تسمية لانه تعالى نبه على ان الطلاق
يقع وان لم تسم لهن مهر والطلاق لا يقع الا على نكاح صحيح قال صلى الله عليه وآله
وسلم لا طلاق قبل النكاح ولان النكاح تملك بضع ثابت في الحرة فوجب ان يكون الدليل على
صحته دليل الطلاق وروى ابو داود في السنن باسناده عن عقبة بن عامر ان النبي
صلى الله عليه وآله وسلم قال لرجل اترضى ان ازوجك فلانة قال نعم وقال للمرأة
اترضين ان ازوجك فلانا قالت نعم فزوج احدهما صاحبه فدخل بها الرجل ولم
يفرض لها صداقا فدل ذلك على ان النكاح يصح بغير صداق ووجوب مهر المثل ان
دخل بها مما لا خلاف فيه ايضا وفي حديث زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم
السلام قال لا يحل فرج بغير مهر وقال الله تعالى فما استمتعتم به منهن
فآتوهن اجورهن فاوجب سبحانه ايتاء الاجور ولم يشترط ان يكون مسمى ولم يسم وقال
ايضا وآتوا النساء صدقاتهن نحلة واذا وجب المهر وجب الرجوع الى مهر المثل مثلها لانه هو
الاصل في قيم المتلفات وفي الاروش واجور الاجارات الفاسدة انه يجري في كل منه
عوض مثله فوجب كذا المهر ايضا وايجاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم المهر في الدخول في
النكاح الفاسد ايضا يدل على صحة ما قلناه مسألة قال ولو تزوجها
على الخمر او الخنزير او على قتل انسان او على حر او حره او غير ذلك مما لا يجوز بيعه وشراؤه

او على ان تعلمها قرآنا صح النكاح وكان للمراة مهر مثلها جميعه منصوص عليه في الاحكام
على ما ذكرناه من النكاح على تعليم القرآن فانه خرج من منع الهادي عليه السلام في
كتاب البيوع استحقاق العوض على تعليم القرآن ومنعه النكاح الا بعشرة
دراهم فصاعدا والخلاف في هذه الجملة في موضعين احدهما
اذا تزوجها على مهر فاسد نحو الخمر والخنزير وغيرهما مما لا يباح فانه يصح وان مالكا ذهب
الى ان عقد النكاح يكون فاسدا وقال ابو حنيفة والشافعي مثل قولنا والاصل فيه
ما ثبت من صحة النكاح المعرى عن المهر على ما بيناه واذا كان عدم المهر لا يوجب فساد النكاح
لم يوجبه فساد المهر لان فساده ليس باكثر من عدمه اصلا لانه لا يصير بسقوط المهر كان لم
ذكره وسقوطه لفساده ويمكن تحرير القياس بان نقول ان الاخلال بالخمر والخنزير لما
لا يجوز ان يكون مهرا فوجب ان لا يفسد النكاح فان شبهوه بما ذكرنا احتججنا بما اجمعوا عليه
من انه لا يفسد وان لم يسم فيه مهرا والمعنى انه عقد النكاح فوجب ان لا يفسد
لعدم المهر فان قاسوه على البيع بعلة انه يفسد لفساد العوض لم يصح ذلك لان
البيع لا ينعقد الا بثبوت العوض فلم يمتنع ان يكون صحته شرطا في صحة البيع وليس
كذلك النكاح لانه يثبت وان لم يثبت العوض فان قاسوه على الشغار
قلنا لهم الشغار فسد من حيث استثني منه ما اقتضاه العقد وهو بضع كل واحدة
منهما على ما بيناه في مسالة الشغار ويشهد لما ذهبنا اليه قول الله سبحانه فانكحوا
ما طاب لكم من النساء وقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم فلم يشرط فيه صحة المهر وكذلك
قوله صلى الله عليه وآله وسلم لا نكاح الا بولي وشهود ولم يشترط فيه صحة المهر
فاذا ثبت بما بيناه صحة العقد فلا خلاف ان مهر المثل يجب فيه وقد ذكرنا الوجه
ايضا في المسالة التي تقدمت هذه واما النكاح على تعليم القرآن فان الشافعي يقول
انه جائز ولا يوجب فيه مهر المثل ولا يختلف في الجواز وانما نختلف في وجوب مهر
المثل والذي يدل على انه لا يجوز ان يكون ذلك مهرا قوله صلى الله عليه وآله وسلم
لا يكون مهرا اقل من عشرة دراهم وقوله لا مهر دون عشرة دراهم وقوله تعالى واحل لكم ما
وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم وتعليم القرآن ليس بمال ولا هو جار مجرى المال ويدل على
ذلك ان تعليم القرآن لا يجوز ان يستحق عليه العوض لانه عبادة لا يصح فيها النيابة ولقوله
صلى الله عليه وآله وسلم من اخذ على تعليم القرآن اجرا كان حظه وقول امير المؤمنين عليه السلام
لرجل اني ابغضك لانك تبغي في الاذان وتاخذ على تعليم القرآن اجرا ولا يجوز ان يستحق ما
لم يستحق عقده في الباقي وعن ابي بن كعب قال علمت رجلا مائة آية فاعطاني قوسا فذكرت لرسول الله صلى الله عليه
وآله وسلم فقال ان احببت ان يقوسك الله قوسا من نار اذهب فردها واذا ثبت ذلك ثبت انه لا يجوز

ان يكون

ذلك ثبت ثم

ان يكون مهراً كسائر ما يفعله من الطاعات فرضاً او نفلاً على انه اذا ثبت انه لا يجوز ان يأخذ
عليه الاجر ولم يفرق احد بين ذلك الا انه لا يجوز ان يكون مهراً فان قيل روي عنه
صلى الله عليه وآله وسلم انه زوج امرأة رجلاً فقال زوجتكها بما معك من القرآن
وفي بعض الاخبار زوجتكها على ان تعلمها كذا وكذا آية من القرآن قيل له يجوز ان يكون عنى
انه اراد اني زوجتك لما معك من القرآن بما يفيدك في دينك ولشرفك او بما للزوجة
على ان تحسن عشرتها وتتقي الله فيها ولا يكون المراد في شيء من ذلك انه مهر ولا خلاف
انه اذا قال اتزوجك على طلاق زوجتي فلانة انه لا يكون مهراً فكذلك اذا تزوجها
على تعليم القرآن والمعنى ان كل واحد منهما لا يجوز ان يستحق به المال واما ما روي
ان سرية لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مرت بحي من احياء العرب وبه لديغ سيدهم فسألوهم
هل فيهم من يرقي فأتاها فرقاه بعضهم بفاتحة الكتاب فبرئ فاعطوهم ثلاثين شاة فلما قدموا
على النبي صلى الله عليه وآله وسلم عرفوه فقال صلى الله عليه وآله وسلم اضربوا لي
معكم بسهم وما جرى مجرى هذا من الاخبار فان حمله عندنا على سبيل الهدية والصلة لا على
سبيل الاجرة لما بيناه آنفاً والانسان قد يهدى اليه لدينه وفضله وان كان لا يستحق الاجر
على ذلك فلا وجه لتعلقهم بذلك وليس لهم ان يتعلقوا بقوله سبحانه اوفوا بالعقود وبقوله
المؤمنون عند شروطهم لانا نأمره بالوفاء بذلك ولا خلاف فيه وانما الخلاف في انه يكون مهراً
او لا وعبارتنا اقوى لانه يفيد حقاً في المال ولان سائر العبادات تشهد لنا مسألة
قال فان طلقها قبل ان يدخل بها كان لها عليه المتعة وهذا منصوص عليه في الاحكام
وكل من تزوج بغير مهر ثم طلق قبل الدخول فلا متعة عندنا لغير من ذكرنا وهو قول
ابي حنيفة واحد قولي الشافعي والدليل على صحة ما ذهبنا اليه قوله تعالى لا جناح عليكم
ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر
قدره فاوجب المتعة بحصول الشرطين مع وقوع الطلاق احدهما ان لا يكون لها مهر مسمى والاخر
ان لا يكون دخل بها وهذا صريح ما ذهبنا اليه فان قال قائل من اصحاب مالك قوله
الله عقيب هذه حقاً على المحسنين يدل على انه استحباب لانه جعله احساناً والاحسان
يجري مجرى ما يتطوع به الانسان او يتفضل قيل له هذا الذي ذكرتم غير صحيح وذلك ان
قوله حقاً على المحسنين يؤكد ايجابه الا ترى الى قوله تعالى ولله على الناس حج البيت
من استطاع اليه سبيلاً اقتضى وجوب الحج على ان قوله ومتعوهن امر يقتضي الايجاب
وقوله تعالى حقاً على المحسنين يؤكد الايجاب فان قيل لو كان واجباً لكان مقدراً
قيل له لا يجب في كل واجب ان يكون مقدراً الا ترى ان النفقات للزوجات والاقارب واجبة
وليست محدودة مقدرة لانها ضرب من الاجتهاد وهذا الضرب من التقدير فانه لا يمنع

ان لا يكون لها مهر

منه والمتعة فان قاسوا الطلاق على الموت على رواية الاحكام وان الزوج اذا مات
قبل الدخول بها ولم يكن فرض لها مهراً لم يجب لها مهر المثل قيل له يجب ان يكون الطلاق
لا يؤثر في ايجاب المهر امر سوى المعنى كالموت الا ان الموت يوجب العدة ولا يوجبها الطلاق
في مسالتنا عوضا المتعة ومن استدل من اصحاب الشافعي لايجاب المتعة لسائر المطلقات على قوله
الثاني بقوله وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين قيل له لا عموم في الاية في المطلقات لانها
اوجبت متاعا واحدا وكلامنا على بعض الوجوه وكلاهما كان من
المتاع واي ذلك اوجبنا خرجنا من عهدة الاية على ان الاية لو اوجبت ما ادعوه بعمومها
كانت مخصوصة بالاية التي اعتمدناها لانها اوجبت المتعة بشرطين فكان المراد بقوله
سبحانه وللمطلقات اللواتي طلقن قبل الدخول وقبل تسمية المهر لهن والا كان سائر
ويبين للشافعي على قوله لاجمعنا ان التي سمى لها مهراً وطلقت قبل الدخول بها لا متعة لها
وجب ان لا يكون المتعة لها وان كان زوجها دخل بها والعلة انها مطلقة سمي
المهر يؤكد ما ذهبنا اليه ان المتعة بدل المهر في المسألة التي جعلناها اصلا
فاذا ثبت ذلك ثبت انها بدل في سائر المواضع ولا وجه لاجتماع البدل والمبدل
وعند الشافعي يجب المتعة مع المهر وهذا يدل على فساده مسالة
وان تزوجها على مكاتب او مدبر او ام ولد كان للمراة قيمة ما تزوجها يوم وقع
عقد النكاح وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه ان هولا للمقوم فيهم مسرح
لان ان المدبر يجوز بيعه عند الشافعي ويجوز بيعه للضرورة عندنا فصار المنع من بيعه
طريقه الاجتهاد وكذلك المكاتب اذا عجز رد في الرق وساغ فيه البيع والمقوم وام الولد
ايضا راى كثير من اهل البيت عليهم السلام جواز بيعها وهي اخذا الرواية عن علي عليه السلام
وان كنا لا نجيز ذلك فصارت ايضا من خطر بيعها على طريق الاجتهاد وكذلك جاز ه
بيعها واذا ثبتت هذه الجملة ثبت ان للمقوم فيها مسرحا فاشبه ما يتزوج الرجل
به من عبد او شاة ثم يتعذر تسليمه تلفا وغيره في ان الواجب فيه القيمة فكذلك ما
اختلفنا فيه والعلة انه ما للمقوم فيه مسرح وقد يتعذر تسليمه ولا يلزم عليه الحر
والخمر لان بيعهما لا يجوز على وجه من الوجوه بين المسلمين فلم يكن للمقوم فيهما مسرح
فيها الرجوع الى مهر المثل ولم يجب في المدبر والمكاتب وام الولد لما بيناه او يقال لا
خلاف ان التزويج على العبد وغيره اذا لم يسرح ما منع من التسليم الصحيح لم يسمع
حكم مهر المثل فكذلك ما اختلفنا فيه والعلة حصول الزوج بما يقع فيه البدل ومعنى لنا
يقع فيه البدل هو ما قدمناه في باب المقوم وهذا الاعتبار زائل عن عسا ... الى الحر
والخمر والخنزير واوجب الرجوع الى مهر المثل وذلك ان مهر المثل دخل في الجهالة من بعد ما احلته

فيه لان لا اعتبار بمهر المثل هاهنا ايضاً ليثبت للعموم ولئن المعلوم بالعموم اجلى من العلم بمهر المثل
لكثرة المساوي بالعموم وقلة المساوي بمهر المثل وقد علمنا في الاعتبار من طريق احدهما اذا
كان اوضح واقوى والعلم به اجلى كان الاولى ان يرجع اليه يبين ذلك انا اذا اعتبرنا بمهر المثل
نحتاج الى اعتبار البلد واحوالها في نفسها وشبابها وحسبها ونسبها وبكارتها ودونها (?) فيها
وحال نسائها في جميع ذلك كل ذلك ليكون ما يحكم به ابعد من الجهالة فاذا ثبت ذلك وسائر
العموم ابعد من الجهالة من مهر المثل للوجوه التي بيناها كان اعتبارنا اولى وايضا
قد ثبت في اصول الضمانات ان الاولى منها ما كان ابعد من الجهالة لانه لا خلاف ان من استهلك لغيره
شيئاً من ذوات القيم لزمته قيمته لانها ابعد عن الجهالة من طلب المثل وقلنا ان القيمة قيمة يوم
عقد النكاح لان المرأة اذا استحقت بالعقد قيمتها يوم (?) وجب ان يوفى ما استحقت يبين ذلك
انا لو لم نجعلها مستحقة للقيمة حين العقد لكنا جعلنا العقد معرى من المهر فكان لا معنى
للتقويم بعد ذلك فتبين انها تستحق من تزوجت على مقدار قيمتها من الدراهم وبان لا استحقاق
وجب ان لا يزاد عليه ولا ينقص منه شيء **مسألة** قال ويرجع في اعتبار مهر مثلها
الى مهور نسائها من قبل ابيها وهذا منصوص عليه في المنتخب لخواتها وعماتها وبنات اعمامها
وهو قول ابي حنيفة والشافعي وحكي عن مالك وقوم ان الاعتبار بامها ووجه ما ذهبنا اليه
انها منسوبة الى ابيها دون امها وتشرف بشرف ابيها دون امها لان اولاد الاماء (?) من السلطة (?) وقد ولد
النبطي من العربية نبطي وقد كان كثير من اهل بيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من امهات
اماء ولا بد (?) فلم يصح ذلك منهم ولا من شرفهم وقد قال تعالى ادعوهم لآبائهم هو
اقسط عند الله فاذا ثبت ان نسبها من ابيها كان النسب معتبراً في المهر ووجب ان يكون
الاعتبار بنسائها من قبل ابيها فكذلك يوضح ما ذكرناه من الاعتبار باخواتها وعماتها ومن جرى
مجراهن دون امها وخالاتها قال ابو العباس الحسني في النصوص ويعتبر مثلها في بلدها
لاختلاف المهور باختلاف البلدان وفي جمالها وتيسيرها (?) وبكارتها وشبابها وذلك صحيح لان الاعتبار
ببعض ذلك يوجب ان يكون الجميع معتبراً **مسألة** قال ويكره للرجل ان يزوج
المرأة على مملوك موصوف فان فعل جاز ووجب للمرأة على الرجل مملوك كما وصف فان
اختلفا في الصفة توسط بينهما من يعرف ذلك وهذا منصوص عليه في الاحكام ونص
فيه على انه ان لم يكن المملوك مضبوطاً بصفة فلها الوسط من ذلك وهو قول ابي حنيفة
ووافقنا الشافعي في المملوك الموصوف ووجهه انا لو ابطلنا هذه التسمية لزمنا
الرجوع الى مهر مثلها وقد علمنا ان الجهالة في مهر المثل اكثر وكانت في المملوك اقل
وهو المسمى صار الاخذ به اولى من الرجوع الى مهر المثل يبين ذلك ان اكثر العلماء منهم

الشافعي وغيره ذهبوا الى جواز السلم فيه من حيث اعتقدوا ان الجهالة فيه تقل والاصل
في هذا الباب ان الجهالة في المهر غير مبطلة له دلالة انه لو تزوج على غير مهر مثلها جاز ولو تزوجها
بغير مهر جاز واذا كان ذلك كذلك فيبطل فيما يجعل مهرا فان كانت الجهالة فيه
دون جهالة مهر المثل فالمسمى اولى وان كانت الجهالة التي في مهر المثل دون جهالة المسمى
فالرجوع الى مهر المثل اولى لهذا الضرب من الاعتبار قلنا ان المملوك لو لم يوصف صفته
جاز وقلنا ان لها الوسط لان الاصل في كل ما يتوصل بالاجتهاد من قيم المتلفات
واروش الجنايات ان يؤخذ بالوسط لان الوسط ينتسب الى الاعلى نسبته الى الادنى فلا يكون
فيه حيف على المحكوم له والمحكوم عليه وقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم
ما حكاه ابو بكر الجصاص ايما امرأة نكحت بغير اذن مواليها فنكاحها باطل فان دخل بها
فلها مهر نسائها لا وكس ولا شطط فبين صلى الله عليه وآله وسلم ان الرجوع فيه الى الوسط
وروى ابو داود في السنن عن ابن مسعود في مهر المثل صداقا كصداق نسائها لا وكس ولا شطط
فبان بذلك اجمع صحة ما قلنا انه لها الوسط من المملوك ولو سمى يحيى بن الحسين عليه السلام ذكر ما
فيه من الجهالة مع الاستغناء عنه لا جهالة فيه الا انه لما اراد نفي الجهالة فيه اداها الى قطع
الخصومة ورضى المتعاقدين ولا خلاف في اصول العبادات والحكومات ان ما يغني عن الاجتهاد
اولى مما يحوج اليه وقلنا انه يرجع الى من يعرف ذلك ان اختلفا لان ذلك هو الاصل في العمل بالارش
وهذا من بابها مسألة قال ولو ان رجلا تزوج امرأة على امة بعينها ثم وطئها قبل
ان يسلمها درئ الحد عنه فان جاءت بولد كانت الزوجة بالخيار ان شاءت اخذتها واخذت
ولدها وان شاءت اخذت مهر مثلها وان شاءت اخذت قيمتها وعقرها وقيمة ولدها ولم
يلحق نسبه بنسب ابيه فان طلقها قبل الدخول بها فعليه لها نصف عقرها والجارية بينه وبينها
وسعى الولد في نصف ثمنه ولا تكون الامة للرجل ام ولد وهذا منصوص عليه
في الاحكام ووجه درء الحد فلان الجارية كانت في ضمانه لا على وجه الغصب بل لانه لم يسلمها
عليه بحق العقد وبين الزوج فقد جعل له بعض التسلط في مال الزوجة ولهذا يبعد ان يسقط عنه
الحد لو وطئها عالما بالتحريم لان اصل الهادي عليه السلام على هذا يدل كما قد نص في الاحكام على
ان من قال لآخر قد ابحتك جاريتي هذه فوطئها عالما بالتحريم لزمه الحد وان وطئها غير عالم
بالتحريم درئ عنه الحد وذلك ان درء الحد للشبهة فاذا ارتفعت الشبهة لم يجب درؤه وقلنا انها
ان شاءت اخذتها واخذت ولدها لان ما حدث فيها من الولادة عيب ونقص ولها الا ان ترد
ان ترضى بالعيب وتأخذ كما انها لو وجدت فيها عيبا آخر كان لها ان ترضى بها معيبة
كما ان رجلا لو اشترى سلعة ثم وجد بها عيبا قبل القبض او بعده كان له الرضا بالعيب واخذ
السلعة وقلنا انها ان شاءت اخذت مهر مثلها لانه بين لها ان تفسخ عقده المهر بالعيب الحادث

في المهر

و المهر قبل القبض اذا كان العيب الحادث من قبل الزوج كان رجلا لو اشترى عبدا ثم حدث
به عيب قبل القبض كان له فسخ البيع ورد المعيب فكذلك المهر اذا ظهر فيه قبل القبض فللمراة
فسخه واذا فسخته بقي عقد النكاح عن المهر فوجب لها مهر المثل قال ابو العباس الحسنى
رحمه الله تعالى ويحتمل لها ارشا يجري مجرى بعض المهر فان اجازت المراة اسقط المهر ووجب مهر
المثل فكانه يحتمل ذلك وجه جواز رجوعها الى مهر المثل وقلنا انها ان شاءت اخذت قيمتها
وقيمة ولدها لان القيمة اذا كانت فوق مهر المثل فلا وجه لان بعض المراة عنه كناية
كانت من الزوج ومن التراضي كان عليها فلا وجه للحط ولان القيمة اولى من مهر المثل
لما تقدم بيانه واوجبنا قيمة الولد مع قيمة الام لان الولد تبع لها وقلنا ان نسبه لا يلحق
ابيه لان الواطي وطئ من ليست ملكا له ولا في حكم الملك فاشبه وطي المغصوبة ولا خلاف ان
النسب من حيث درانا الحد لان الحد يدرأ بالشبهة والنسب لا يثبت بالشبهة وقلنا ان طلقها
قبل الدخول بها فعليه نصف عقرها وهي بينهما ونصفها لها الولد في نصف قيمته لان العقر والولد
بمنزلة الارش فيجب ان يكون بينهما وكالزيادة المتصلة لانها لو زادت في الطول والعرض لكانت
كانت الزيادة بينهما وكذلك الزيادة المنفصلة لانها زيادة حدثت منها وهي مهرها وقلنا يسعى
الولد في نصف قيمته لانه لما ملكه الواطي الاب مع ادعائه اياه وجب ان يعتق نصفه كالعبد بين شريكين
يقر احدهما بعتق نصيبه لان ادعاءه انه ابنه يتضمن الحرية فيعتق بها اذا ملكه المدعي وان لم يثبت النسب
كما ان رجلا لو شهد على عبد غيره بالحرية ثم ملكه وجب الحكم بحريته وقلنا ان الامة لا تكون ام
ولد للرجل لان النسب لم يثبت للولد حكما فلم يجب ان تصير امه ام ولد وان وجبت حرية الولد
بتضمن اقرار الواطي للامة حريته مسألة قال ولو ان رجلا تزوج امراة على جارية
او حجر او ناقة فولدت الجارية او نتجت الحجر او الناقة فانها تاخذها وولدها فان مات ولدها
قبل ان تقبضها واحبت ان تاخذ الجارية بنقصانها او الدابة فذلك لها وان شاءت ردتها واخذت
قيمتها يوم وقع النكاح وهذا منصوص عليه في الاحكام قلنا انها ان ولدت قبل ان تقبضها
استحقت المراة الولد مع الام لانه لا خلاف فيه وكذلك في البيع ولان الام ملك لها
فيجب ان يكون ما ولدته ملكا لها كالام كما نقول ذلك في سائر المواضع وقلنا ان مات الولد قبل
القبض فلها الخيار بين ان تقبض الام بنقصانها وبين ان تاخذ قيمتها لان لها الخيار
بين الرضا بالعيب وبين ترك الرضا فان لم ترض واردت القيمة كانت القيمة قيمتها يوم عقد
النكاح لما بيناه من قبل انها استحقت يوم العقد مقدار قيمتها وان ذكر جرى مجرى تسميتها
فكذلك لو استحقت كانت القيمة اولى من مهر المثل مسألة قال وان ماتت الدابة
او الجارية كانت لها قيمتها يوم وقع النكاح ان كان هلاكها بالتسليم من قبل الزوج وان كان
من قبل الزوجة فلها قيمتها يوم ماتت وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه
انه اذا ابطا بالتسليم وكان الامتناع من جهته كان حكمه حكم الغاصب في انه يضمن قيمة المغصوب

> كما انه لو اسماها عليها عقد النكاح بغير مهر لزمه مهر المثل

> اي حِجر بكسر الانثى من الفرس

يوم اغتصبه واما اذا كانت هي المتعة من بعضها فقد رضيت بان يكون في يد الزوج كالرهن برضا الراهن ان يكون في يد المرتهن فيحتسب لها عليه عند التلف بحسب قيمته عليه لو تلف عنده فكذلك المهر اذا امتنعت المراة من تسليم
مسألة قال ولو تزوجها على ارض من او نخل او حيوان او غير ذلك مما استحق فللمراة قيمة المستحق يوم تزوجها عليه وهذا منصوص عليه في الاحكام وما بيناه في مسألة من تزوج امراة على مكاتب او مدبر هو وجه هذه المسألة فلا طائل في اعادته على ان الكلام في هذا الموضع اوضح مما مضى لان هذه مما كان يجوز ان تلحقه اجازة من له الملك فلا يجب فساده وليس كذلك المكاتب والمدبر
مسألة قال ولو ان وليا زوج حرمته على مهر معلوم وجعل لنفسه شيا مسمى كان ما جعله لنفسه مهرا للمراة ان اجازت سلمته للولي وهذا منصوص عليه في الاحكام قال ابو بكر الشافعي يبطل المهر ويرجع الى مهر مثلها
ووجه ما ذهبنا اليه انه جعل المسمى للمراة والمسمى للولي بدلا عوضا لبضعها فوجب ان يكون الجميع مهرا كما لو قال تزوجتها على الف درهم ومائة دينار او على عبد وثوب او على الف معجل والف مؤجل وجب ان يكون الجميع مهرا لانه جعل الجميع عوضا للبضع فكذلك ما اختلفنا فيه على ان السائل يبني على ان الفساد عرض فيه لاشتراط بعضه لوليها فوجب ان يبطل بما اراه فقد علمنا ان الشرط الفاسد لا يفسد النكاح اذا انطوى العقد عليه كان يشترط ان لا مهر لها او ان لا يخرجها من مصرها او ان لا ينفق عليها فلما كانت الشروط فاسدة لم يبطل النكاح ووجب ما هو العوض عن البضع على ان اكثر ما فيها ان يعترض الفساد في المهر المسمى وهذا لا يوجب الرجوع الى مهر المثل اذا امكن الرجوع الى المسمى وقد بينا فيما تقدم ان الرجوع الى المسمى اولى من الرجوع الى مهر المثل لان الجهالة في مهر المثل اكثر من الجهالة في المسمى وقد بينت فيما تقدم ان المستهلكات اجلا في ابدالها على ضربين ضرب يرجع الى قيمته اذا كان الرجوع الى القيمة ابعد من الجهالة وضرب يرجع الى مثله اذا كان الرجوع الى مثله ابعد من الجهالة وان مهر المثل ادخل في الجهالة من المسمى فاذا امكن الرجوع الى المسمى فهو اولى على ان احد قولي الشافعي في من تزوج على عبد بعينه فخرج حرا فعليه قيمته وقال فيمن تزوج على عبد بعينه فتلف قبل التسليم ان على الزوج القيمة ولم يوجب الرجوع الى مهر المثل فكذلك يجب على اصله ان فساد المسمى في كل حال لا يوجب الرجوع الى مهر المثل وان وجب ذلك على بعض الوجوه على ان الشافعي يقول ان المهر هو المسمى لها دون ما شرط للولي فلا وجه لافساد المهر بفساد ما ليس منه بسبيل ويؤكد ما ذهبنا اليه قوله صلى الله عليه وآله وسلم ادوا العلائق قيل وما العلائق قال ما تراضى به الاهلون وفي مسألتنا هذه قد تراضى الاهلون بالمسمى فوجب اداؤه ويدل قوله المؤمنون عند شروطهم وقوله تعالى اوفوا بالعقود وروى ابو داود في السنن باسناده عن عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال احق الشروط ان توفوا بها ما استحللتم به من الفروج فان قيل فهذا الظاهر يوجب ان يكون اخذ المسمى للولي وذلك خلاف مذهبكم قيل له ذلك مخصوص بالاجماع فلا يبطل

احدها ان

اخذ ان الولي يسمي ذلك فسقط ولو اسقط ذلك وجب لو قبلها المسميين ووجب ان يكونا جميعا
للمراه وحكا ابن ابي هريره في التعليق عن الشافعي انه قال لو ان تزوجها على الف على ان يعطي
اباها الفا كان ذلك جايزا وكان الفان مهرا لها وهذا يكون يجعل اصلا فيما مر عليه ما احتملناه وبكن
ان يحترص به في جميع ما استدل من جهه فساد المهر اذا تزوجها على الف على ان لابيها الفا وبحرين
الفياس ان يقال فقد اجمعنا على انه اذا تزوجها على العين على ان يعطي اباها الفا
صح المهر فكذلك ما اختلفنا فيه والعله ان الالفين جعلا عوضا للبضع فوجب ان لا يفسد لاشتراط بعضه
لابيها **مسئله** قال ولو ان رجلا تزوج امراه على مهر معلوم واظهر لها فوق ذلك
لزمه ما اظهر الا ان يقيم البينه عليها انه شرط ان لم يقم به فعلى المراه اليمين وهذا منصوص عليه
في الاحكام ومروي فيه عن القسم عليه السلام ومعنى قولنا انه يلزمه ما اظهر انما هو في ظاهر
الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى فعليهما ان يتصادقا والمهر هو مهر السر فيما بينهما وبين
الله تعالى لان النكاح انعقد عليه والزايد شبهه لا حكم له وهو قول ابي حنيفه واصحابه ووجهه
ان الذي اظهره من المهر قد ثبت فاذا ادعا الزوج ان بعضه ليس ثابت لا حكم له وانكرته المراه
صار الزوج مدعيا والمراه منكره فوجبت البينه على الزوج واليمين على المراه لقوله صلى الله عليه
واله وسلم البينه على المدعي واليمين على المدعا عليه **فان قيل** الشيخ علم في هم المسلمات
اذا اختلف فيها المتلفون ان البينه على مدعي الاكثر واليمين على المنكر فكيف جعلتم البينه
في هذه المسئله على الزوج وجعلتم المراه هي التي تدعي الاكثر **قيل له** ليس الاعتبار في هذا
الباب بالقله والكثره وانما الاعتبار بالدعوى والانكار والمدعي هو الذي يدعي خلاف
الظاهر والمنكر هو المستمسك بالظاهر والبينه ابدا على المدعي واليمين على المنكر الا ترى ان رجلا
لو اقر لرجل بالف درهم ثم ادعا بعد ذلك انه قد ابراه المقر له من خمسمايه درهم كان اليمين على المدعي
للاكثر لانه هو المنكر في الحقيقه والمستمسك بالظاهر الا ترى انا ذكرنا في مسائل هذه
مسئله قال ولو ان رجلا قال لرجل زوجني فلانه بالف درهم فزوجه اياها بالفين جاز
ذلك الرجل جاز وان لم يجز بطل وان قال ارضى بالعقد ولا ارضى من المهر الا بالف عرض ذلك على المراه
فان رضيت ثبت النكاح وان ابت انفسخ ولو ان رجلا وكل وكيلا ان يزوج حرمته على ما
يرى من المهر فزوجها على دون مهر مثلها فان اجاز الزوج وامضاه وان اختار فسخه فلها
نصف ما سما لها وان زوجها على اكثر من مهر مثلها جاز وجميعه منصوص عليه في الاحكام
ووجه مسئلتنا الاولى ان الرجل لما قال لوكيله زوجني فلانه على الف درهم فزوجه
اياها بالفين كان العقد الواقع غير ما امره الموكل فوجب ان لا يبرم وان يوقف على اجازته
وكذلك قلنا انه ان اجاز جاز وان لم يجز بطل فان قال رضيت بالعقد دون المهر لا
يكون ايضا العقد على جهته فلم يجب ان يبرم ولم يخرج من ان يكون موقوفا على رضا المراه
الا ترى انه رضي بغير ما وقف المراه عليه فجرى ذلك مجرى ان يقول اجزت العقد بشرط ان ترضا

بالقبول فلم يحتج ان تكون اجازته مطلقة لذلك قلنا انها ان رضيت تم النكاح وان ابت انفسخ
ووجه المسألة الثانية ان وكيل ولي المرأة اذا زوج بما يتغابن في مثله الناس من مهر
مثلها لم يكن عليه معترض لانه يكون فعل ما وكل به وما وقع فيه من النقصان في حكم ما لم
يقع فاما اذا زوجها بدون مهر مثلها بما لا يتغابن في مثله الناس فالعقد ثابت بينه وبين
الزوج والمانع للمرأة الخيار بين ان ترضى او تطالب بكمال مهرها فان امتنع الزوج من ذلك
طلقها ولزمه لها نصف المسمى لانه طلاق وارد قبل الدخول مع التسمية فوجب نصف المسمى
فاما ان كان زوجها باكثر من مهر مثلها فهو جائز لان العقد وقع على زيادة رضي بها
الزوج **مسألة** قال ولا بأس ان يجعل الرجل عتق امته مهرها ويزوجها
عليه فاذا اراد ذلك فليعرضها على ذلك فان رضيت قال قد جعلت عتقك مهرك فانت
حرة لوجه الله تعالى ويشهد على ذلك ما كتبنا فان ابت الامة ان تزوجه بعد ذلك لزمها
قيمتها تسعى فيها وهذا منصوص عليه في الاحكام وقال الشافعي وابو حنيفة ومحمد ليس لها
المهر ان تزوجته بعد ذلك والاصل فيه ما اخبرنا به محمد بن عمر العباس حدثنا الناصر
للحق الحسن بن علي عن محمد بن منصور عن ... بن راشد عن نصر عن اسرائيل عن ابان عن ابن عباس
قال اعتق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم صفية وجعل عتقها صداقها
واخبرنا ابو بكر المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا محمد بن خزيمة حدثنا مسلم بن ابراهيم حدثنا
ابان وحماد بن زيد قالا حدثنا شعيب بن الحبحاب عن انس ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم
اعتق صفية وجعل عتقها صداقها وانا ابو بكر المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا احمد بن داود
حدثنا يعقوب بن حميد حدثنا سليمان بن حرب حدثنا حماد بن زيد عن ابن عون قال
كتبت الى نافع ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم اخذ جويرية في غزوة بني المصطلق فاعتقها
وتزوجها وجعل عتقها صداقها اخبرني بذلك عبد الله بن عمر وكان في الجيش وقد روي
عن عائشة انها قالت ان جويرية ابنة الحرث كانت وقعت في سهم لثابت بن قيس او ابن
عم له فكاتبته فاتت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم تستعينه على كتابتها
قالت فقال لها فهل لك في خير من ذلك اقضي عنك كتابتك واتزوجك قالت نعم قال قد فعلت
فدل ذلك على تزوجه اياها صلى الله عليه وآله وسلم بعد عتقها قيل له ليس في الحديث انه
صلى الله عليه وآله وسلم اذا كاتبها حتى عتقت ثم تزوجها وانما فيه انه عرض ذلك عليها
ويجوز ان يكون الامر لم يتم في ذلك حتى ملكها النبي صلى الله عليه وآله وسلم ثم اعتقها
وجعل عتقها صداقها ليكون ذلك جمعا بين الخبرين على ان عائشة ذكرت انها كانت في
سهم لثابت او لابن عم فلم تكن عرفت القصة على التحقيق على ان جويرية ان كانت في سهم
ابن عمر فهو لا شك اعرف بقصة الامر من عائشة فيجب ان يحمل قول عائشة على قول ابن عمر وروايته
فان قيل فيحتمل ان يكون ذلك للنبي صلى الله عليه وآله وسلم لانه كان يجوز له

يتزوج بغير صداق وذلك غير جائز لنا قيل له ليس في الحديث أنه تزوجها بغير
صداق وإنما فيه أنه جعل عتقها صداقها فهو إذا لم يتزوجها إلا بالصداق وإنما
جعل عتقها صداقها وذلك مما لا حجة لكم فيه ومما يدل على ذلك أنه لا خلاف بين
أبي حنيفة ومحمد أنه لو أراد أن ما على ذلك ثم أعتقها فامتنعت من أن يتزوجها
أن له عليها قيمتها تسعى فيها فإذا ثبت ذلك ثبت أن هذا العتق قد ألزمها مالاً
مجهولاً ممتنع أن يتزوجها على ذلك المال ألا ترى أنه لو أعتقها على ألف كان له أن يتزوجها
بتلك الألف فكذلك ما اختلفنا فيه والعلة أنه يتزوجها على مال موجب بالعتق
وليس قولنا في صفة المال أنه موجب بالعتق لأنه من صفة العلة بل لسائر جهة المال
ولا فالعلة أنه يتزوجها على مال فليس لأحد أن يدعي في علتنا ما أردنا في العلة وصفاً
لا يؤثر فإن قيل ما أنكرتم أن يكون سبيله سبيل نكاح الشغار قيل له لا يشبه ذلك
نكاح الشغار من وجه وذلك أن نكاح الشغار يقع عقده فاسداً بأن فيه استثناء
بعض ما أوجبه العقد على ما سلف القول فيه ولا خلاف أن العقد الذي ذكرناه يصح
وإنما الخلاف في إيجاب مهر آخر سوى ما ألزمها من القيمة على أن نكاح الشغار ليس فيه إيجاب
مال وقد بينا أن ما اختلفنا فيه ما أوجبه العقد النكاح فإن قيل ما أنكرتم أن يكون ما
لزمها من ذلك لا يجوز أن يجعل مهراً فيها لأنه قيمتها وهي مجهولة قيل له قد يجوز أن يكون
قيمتها معلومة لهما جميعاً فيسقط هذا السؤال على أنها وإن كانت مجهولة فلا يمتنع أن
تكون مهراً لأن دخول الجهالة في المهر لا يبطله ألا ترى أنه لو تزوجها على وصيف موصوف
أو غير موصوف جاز ذلك ولم يجب الرجوع إلى مهر المثل وقد بينا فيما تقدم أن من تزوج
على مكاتب أو مدبر أو أم ولد وجب الرجوع إلى قيمتهم دون مهر المثل والأصول تشهد
لصحة ما ذهبنا إليه وذلك أنه لا خلاف أن من تزوج امرأة على سكنى دار أو خدمة
عبد مدة جاز ذلك لتعلق جميع ذلك بضمان ما هو مال وقد حكي عن زفر أنه قال إذا أعتقها على
أن يتزوجه فعقد ذلك لم يصح شيئاً ووجه ما ذهبنا إليه أنه أعتقها برضاها
على بدل اشترطه عليها فلما استحق من البدل لزمها ما فاته من ملكه دليله لو باع نفسه
غير ذلك من ملكه مسألة قال ولو أنه قال أعتقتك قبل [illegible] وقوله لها
قد جعلت عتقك مهرك ثم أبت المرأة أن تتزوجه لم يكن عليها شيء وهذا منصوص عليه
في الأحكام ووجهه أنه أعتقها من غير أن يشترط عليها بدلاً من عتقها وقع العتق
ولم يكن له عليها سبيل كما أنه لو أعتقها من غير هذا الحديث عتقاً مطلقاً لم يكن له عليها سبيل
مسألة قال ولو أن رجلاً تزوج امرأة على مملوك فقبضته منه ثم وهبته له
قبل أن يدخل بها على سبيل صلة الرحم كان بينهما أو كانت هبة لوجه الله ثم طلقها

قبل ان يدخل بها لم يكن لها ان ترجع عليه بها وهبته وكان له ان يرجع عليها بنصف قيمة
العبد وان كانت وهبته له اصطبلا عا واشماله لقلبه كان لها ان ترجع عليه بالمهر
وله ان يرجع عليها بنصف قيمته وهكذا القول لو تزوجها على عين او ورقا وغيرها
وهذا منصوص عليه في الاحكام اما الكلام في احكام الهبات وما يجوز الرجوع فيها
وما لا يجوز فسيأتي في كتاب الهبات ان شاء الله تعالى ووجه قولنا انها لو وهبته
مسئله لقلبه جاز لها الرجوع ان هذه هبة تجري على مجرى مجرى العوض فاذا لم يسلم العوض
جاز لها الرجوع فيها كما لو وهب واهب على عوض معين جاز له الرجوع فيها متى لم يصل
الى العوض ووجه قولنا ان الزوج يرجع عليها بنصف قيمة العبد ان الطلاق يوم
وقع لم يكن العبد في ملك المراة وكان في حكم المستهلك لانها ملكته بالرجوع واعطاه
الزوج او حكم الحاكم فاذا كان كذلك لم يستحق الزوج عليها الا نصف قيمته
لان سبيلها سبيل من اخذ العبد ثم استهلكه ثم طلقها الزوج قبل الدخول انه لا يرجع
عليها الا بنصف قيمة العبد ورجوع العبد عليها بتجدد ذلك لا يغير حكم استحقاق
الزوج لما استحقه وكذلك ان كانت هبة لا يجوز الرجوع فيها يجب للزوج نصف
قيمة العبد لكون العبد مستهلكا قال ابو حنيفة لا يرجع عليها بشيء لان ما استحقه قد رجع
اليه بغير ضمان وهذا غير مسلم لان ما استحقه الزوج في تلك الحال نصف قيمة العبد
دون العبد على ما بيناه على انه لا يختلف ان ذلك لو كان ذهبا او ورقا رجع عليها
بنصف ذلك فكذلك ما سواه والعلة انه نصف ما قام مقام المهر على ان رجوع ذلك
اليه من غير ضمان لا معتبر به اذا لم يرجع اليه من الجهة التي استحق فاما ان كان العبد
فانما تعتبر به على ما كان عليه يوم قبضه فالمذهب يقتضي ان يكون بين الزوج والزوجة
نصفين وكذلك ان كان ما تزوجها عليه عينا او ورقا او غيرهما ثم طلقها قبل
الدخول والاصل في جميع ذلك قول الله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية

مسئله قال فان تزوجها على ان يكون المهر عليها كان الشرط باطلا
وللمراة على الرجل مهر مثلها وكذلك لو تزوجها على ان لا يخرجها من مصرها او من بيتها الا
او على ان يكون الجماع بيدها او الطلاق كان ذلك كله فاسدا فان كانت نقصت من اجل
الشرط شيئا من مهرها كان لها مهر مثلها متى لم يف لها الزوج بما شرط لها من ذلك وكذلك
لو شرط الزوج لنفسه عليها ان لا ينفق عليها او ينفق هي عليه لم يلزمها الوفاء به
جميعه منصوص عليه في الاحكام على ما ذكرنا من التخريج فانه مخرج على ما نص عليه في المنتخب
فيمن باع وشرط شرطا يبطل البيع دونه اذا نقص من الثمن شيئا للشرط كان له الرجوع فيما
نقص متى لم يقع الوفاء بالشرط ووجه قولنا ان الرجل اذا تزوج على ان يكون المهر
على المراة فسد الشرط ووجب لها مهر المثل لان بضع المراة هو الذي لا يملك عليها الا بعوض

ان يلزمها العوض لو جب فساد هذا الشرط ولم يفسد النكاح لان الاصل في الشروط الفاسدة
انها لا تفسخ النكاح اذا لم يقتض وقوع العقد على غير وجه الصحة وكان الشرط مفردا
من العقد واوجبنا فيه مهر المثل لانه نكاح معقود بغير مهر وقد مضى الكلام في ان النكاح
المعقود على غير مهر يجب فيه مهر المثل فلا وجه لاعادته وكذلك سائر الشروط
التي ذكرناها لا يبطل بها شروط لا يقتضيها العقد وتنتفع منفردة عن العقد فلا تجب
الوفاء بها ووجه قولنا انها ان كانت نقصت من اجل ذلك الشرط شيئا من مهر مثلها كان لها
مهر مثلها اذا لم يف الزوج بتلك الشروط لانه شرط منفعة مع المسمى من المهر فكانت المنفعة
جارية مجرى تمام مهر مثلها ولم يلزم الزوج تسليمها لانها ليست مهرا صحيحا فلما
كان ذلك كذلك ولم يف الزوج لها بها وجب ان يبلغ بالمسمى مهر المثل اذ لا بد من ان يقوم
مقام المنفعة المشروطة كما انه لو تزوجها على مسمى دون مهر مثلها وعبد فوجد العبد
حرا انه لا بد لها مما يقوم مقام العبد المشروط لانها لم ترض بدون مهر مثلها الا مع
المنفعة المشروطة لها ويكشف ذلك ان من باع عبدا بثمن لا يلزمه تسليم العبد الا بعد
استيفاء ما هو عوض للعبد فكذلك المرأة لا يلزمها تسليم بضعها الا بعد استيفاء ما هو
عوض له وكمال عوضه هو مهر مثلها او المسمى مع المنفعة المشروطة لها ووضح ما بيناه
ان الزوج متى لم يف لها بالمنفعة المشروطة التي كان المهر مقصرا لاجلها عن كمال مهر
المثل لزمه تبليغ مهر مثلها فان قيل اليس لو تزوجها على هذه المنفعة من غير
مسمى اوجبتم لها مهر المثل وان وفى بالشرط فما انكرتم على من قال لكم انه لا بد لها
من كمال مهر مثلها وان وفى الزوج بالشرط قيل له قلنا ذلك في الموضع الذي لم يسم
عنه لانه ليس هناك ما يجوز ان يكون مهرا على وجه من الوجوه وقد ثبت انه لا بد في النكاح
من المهر فلذلك اوجبنا لها مهر المثل وفي مسألتنا هذه قد سمى لها ما يجوز ان يكون مهرا
في الشرع ورضيت المرأة بكمال مهر مثلها بما شرطت وكان لها حق يحدد وجاز ان يكون رضاها
يحكم ما به ولم يكن كذلك فيما لم يسم لان ابتداء المهر وان كان لها فيه حق فانه ليس
بحق لها مجرد بل هو حق لله تعالى فلم يكن رضاها باسقاطه يحكم ما به

مسألة

واذا كان الذي تحته ذمية فايهما اسلم قبل صاحبه وتفتقد المرأة وللمرأة المهر كاملا ان
كان الزوج دخل بها او نصف المهر ان لم يكن دخل بها وقد نص في الاحكام على ما ذكرناه من ايجاب
المهر كاملا بعد الدخول ايهما اسلم قبل صاحبه ونص فيه على ان الرجل اذا اسلم قبل الدخول
ولم تسلم المرأة كان لها نصف المهر وكنا سوينا نخرج ذلك ونرى ان تكون المرأة هي التي اسلمت
قبل الدخول واباء الزوج على الذمة وايجاب نصف المهر لها عرضا ثم تأملنا اصول محمد
عليه السلام افضل تامل وراعينا ما حصله ابو العباس الحسيني رحمه الله تعالى في النص عن

من مذهبه في هذا الباب فكان الاولى التفرقة بين المسلمين والا حكم للمراة بشي من المهر ان
كانت هي التي اسلمت قبل الدخول وهو قول الشافعي وقال ابو حنيفة على الضد من
ذلك في المسئلتين ووجه ما قلناه من ان المهر كملا اذا اسلم احدهما كان بعد
الدخول مع انه مما لا خلاف فيه ان الوطي قد وقع في نكاح صحيح يوجب ان يحصل به
استحقاق المهر كملا ولم يجب ان يبطل ما استحقه من ذلك بما طرا على النكاح مما اوجب فسخه
وارتفاعه ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه واله وسلم فان دخل بها فلها المهر
بما استحل من فرجها فاوجب المهر بالدخول في النكاح ويروى عنه صلى الله عليه واله
وسلم انه لما لاعن بين عويمر العجلاني وبين زوجته قال عويمر مالي يعني ما اعطاها
من المهر فقال صلى الله عليه واله وسلم لا مال لك ان كنت صدقت عليها فهو بما استحللت
من فرجها وان كنت كذبت عليها فذاك ابعد فاخبر صلى الله عليه واله وسلم انها قد استحقت المهر
بما استحل من فرجها فاما اذا كان الاسلام قبل الدخول فرايناه وقع كانت الفرقة من جهته
فان كان الزوج هو الذي اسلم فالفرقة من جهته فوجب ان نحكم لها بنصف المهر لان الفراق
اذا كان من جهة الزوج وجب ذلك وان كانت المراة هي التي اسلمت دون الزوج فالفرقة من جهتها
فوجب ان لا نحكم لها بشي من المهر لان الفرقة متى جاءت من قبلها قبل الدخول بطل حقها من المهر
فان قيل ان الاسلام لا يوجب الفرقة وانما الموجب لها هو الكفر فوجب ان يجري المسلمين
على الضد مما قلتم قيل له عندنا ان الاسلام قد يوجب الفرقة كما يوجبها الكفر لان الله تعالى
حرم النكاح بين المؤمنين والكافرين فلم يكن الكفر بان تتعلق به الفرقة اولى من الاسلام
فاذا ثبت ذلك كان الاولى ان تعلق حكم الفرقة بالطاري منهما دون الباقي لانه هو المجاور
للحكم الا ترى انهما لو بقيا على دينهما لم تقع الفرقة بينهما حتى اذا اسلم احدهما حصلت
الفرقة فكان الاسلام هو المجاور للحكم فيجب ان يكون هو العلة الا ترى ان المسلمين
اذا ارتد احدهما حصلت الفرقة بينهما فكان سبب الفرقة منهما هو الكفر اذ هو المجاور
للحكم دون الاسلام الذي لو بقيا عليه لم يجب الفرقة فان قيل ما انكرتم على من قال
لكم ان الاسلام هو الموجب للفرقة في مسئلة الذميين فيكون هو المجاور للحكم ويبطل
على هذا ما ذهبتم اليه قيل له ليس الامر كذلك فيهما الاسلام اكثر من بقائه وليس كذلك
بامر طاري وانما الطاري هو الاسلام فكان تعليق الحكم به اولى فان قيل اوليس قد قال
علي عليه السلام في الذمية البالغة اذا كانت تحت ذمي صغير ما تسلم بها يوقف الا ان يبلغ
فيسلم او يكفر فلم يجعل طرو الاسلام موجبا للفرقة قيل له لا نسلم لا نجعل طرو
الاسلام موجبا للفرقة في كل موضع وانما نقول ان الفرقة اذا حصلت
فتعليقها بالاسلام الطاري اولى من تعليقها بالكفر الباقي وفي المسئلة التي ذكر لم تحصل

لم يحصل الفرقة لانها لا تحصل عندنا بمجرد الاسلام ما لم ينضاف اليه انقضاء العدة في المدخول بها
مسألة قال واذا ارتد الرجل عن دينه وجب للمرأة عليه المهر وان ارتدت دونه
فلا مهر لها عن نحا الا ان يكون دخل بها وهو اصول يحيى بن الحسين صلوات الله عليهما
يوجب ما ذكرناه لتنصيصه على ان الردة توجب الفرقة وتعليقه حكم الفراق بالطاري
فاذا طرت الردة على الاسلام فيجب ان يكون الفرقة من جهة من ارتد من زوج او زوجة
على ما بيناه في المسألة التي قبلها فكذلك قلنا ان الردة ان كانت من الزوج وجب للمرأة
نصف المهر وان كانت من المرأة فلا شيء لها لان الفرقة يكون من قبلها فكذلك لم
يوجب لها شيا من المهر فاما ان وقعت الردة من احدهما كان بعد الدخول فيجب المهر
لان الطاري على النكاح طرى بعد استحقاق المرأة ما استحقته من المهر بدخول الزوج
فلا يبطل ما استحقته كما لا يبطل شيا يستحق فيها من الاموال على ما اوضحناه في المسألة التي قبل هذه
مسألة قال واذا تزوج الرجل المرأة ولم يفرض لها مهرا ثم فرض لها بعد العقد
لزمه ما فرض لها وهذا منصوص عليه في المنتخب وهذا مما لا خلاف فيه وانما الخلاف
اذا فرض بعد العقد فطلق المرأة قبل الدخول فان ابا حنيفة قال يسقط المسمى ويجب المتعة
وقال الشافعي يجب نصف المسمى وعليه يدل ظاهر قول يحيى عليه السلام لانه قال في الـ
النكاح من الاحكام ويحكم التي لم يدخل بها ووقع طلاق فيها بنصف ما فرض لها ولم يشرط ان
يكون الفرض مع العقد او بعده والدليل على صحة ذلك قوله تعالى وان طلقتموهن من
قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فاوجب نصف المهر المفروض ولم
يستثن ما فرض منه بعد العقد للنكاح فلو وجب ان يستوي فيه حكم ما فرض مع العقد او بعده
ويقاس على التسمية في حال العقد بعلة انه تسمية مهر صحيح فوجب ان يستحق المطلقة قبل الدخول
نصفه ويمكن ان يقال هو مسمى يستقر بالموت او الدخول فوجب ان يستحق المطلقة قبل الدخول
نصفه فان قيل هو بمنزلة مهر المثل فوجب ان يسقطه الطلاق قيل له هذا شاهد
لعلتنا لان مهر المثل لما لم يكن مسمى مفروضا اسقطه الطلاق كله فاما ان يسمى مهر المثل
وفرض فانه لا يسقطه عندنا الطلاق بل يجب نصفه فان قيل فان هذا السمى
ملحق بالعقد وقد يبطل العقد فوجب ان يبطل ما الحق به قيل له وما في انها ملحقة بالعقد
ما يوجب بطلانه ببطلان العقد الا ترى ان المسمى مع العقد يتعلق بالعقد واكد من تعلق الملحق به
ولم يجب ان يبطل المسمى مع العقد لبطلان العقد فوجب ان لا يبطل الملحق بالعقد لبطلان العقد على انا
وجدنا الطلاق من شانه ان يقرر نصف ما يقرره الموت والدخول كما ان المسمى بعد العقد تقرره
الموت والدخول وجب ان يكون الطلاق يقرر نصفه مسألة قال واذا تزوجها
على مهر معلوم فان الحكم فيها قبل الدخول وبعده في المهر كما نص عليه في مسألة الصغيرين
اذا زوجهما ابواهما وهما طفلان رضيعان فمات احدهما ان المهر يلزم ونص في الموت على ان

ان موت المراة قبل الدخول يوجب المهر هذا مما لا نحفظ فيه خلافا الا ما حكي عن الناصر عليه السلام
فقد حكي عنه انه كان يشبه الموت بالطلاق في وجوب بالموت نصف المهر كما يجب بالطلاق اذا كان
سماه ويعرض في قوله لغير الصداق اصلا ولــــا اختلفوا فيمن مات ولم يدخل ولم يفرض فاما من
مات وقد فرض فلم يختلفوا فيه ويدل على ذلك ان عقد النكاح عقد مؤبد ومعنى
قولنا مؤبد انه باق الى الموت ما لم يعترض ما يوجب ابطاله فصار الموت موجبا حصول ما اوجبه
العقد فوجب ان يستحق العوض كملا كما ان من استاجر دارا شهرا وخلى بينه وبينها فلم يسكنها
حتى مضى عليه الشهر يستحق عليه الاجرة لما حصل من استيفاء الزمان الذي اقتضاه العقد
فكذلك المهر مع الموت ويمكن ان يقاس ايضا مدة العمر على الدخول في وجوب استيفاء المسمى
والمعنى انه احد موجبي العقد مسألة قال وان تزوجها ولم يفرض لها مهرا ثم
مات قبل الدخول فلا مهر لها وقال ابو العباس لها مهر مثلها فان مات بعد الدخول فلها المهر
ما ذكرناه اولا هو ما رواه في الاحكام وهو قول [illegible] عليه السلام وهو الاصح عند اصحابنا
وكان ابو العباس الحسني رحمه الله تعالى يثبت ما رواه في المنتخب ويجعل الروايتين كالرواية الواحدة
والمعتمد ما رواه في الاحكام وهو احد قولي الشافعي قال ابو حنيفة مثل ما رواه المنتخب والذي
يدل على ما حكيناه اولا حديث زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام في رجل تزوج
امراة ولم يفرض لها صداقا فانه توفي قبل ان يفرض لها وقبل ان يدخل بها قال لها الميراث
وعليها العدة ولا صداق لها وروي نحوه عن زيد وابن عمر فان قيل روي عن عبد الله خلافه
قيل له هو قول علي عليه السلام وهو اولى من قوله اما على اصول اصحابنا فلانا نوجب اتباعه واما على غيرهم
الافضل فلان فيما روي عن عبد الله ما دل على انه قال باجتهاد لا اثر انه قال فيه اقول
فيه برايي فان يكن صوابا فمن الله وان يكن خطا فمن الشيطان وفي قول علي عليه السلام
ما يدل على انه قال بالسنة لا اثر انه قال فيما روي عن رسول الله صلى الله عليه
واله وسلم لا نقبل قوله على كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه واله وسلم فدل ذلك
على انه كان يقول ما يقول في ذلك عن السنة فان قيل فقد قال معقل بن سنان
الاشجعي ان رسول الله صلى الله عليه واله وسلم قضى في امراة يقال لها بروع ابنة واشق
قيل له قد سقط خبره عندنا بجرح علي عليه السلام له لانه قال لا نقبل قول اعرابي بوال على
عقبيه على كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ومن شرط خبر الواحد ان يسلم نقله
ولا جرح اقوى من جرح علي عليه السلام فان قيل فانتم تسلمون خبر فاطمة بنت قيس ان النبي
صلى الله عليه واله وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة مع جرح عمر لها فلم اعترضتم على خبر معقل
اذ قبلتم خبرا مع جرح علي عليه السلام قيل له عن هذا جوابان احدهما ان عليا اولى لانه
ليس جرح علي عليه السلام كجرح عمر والثاني ان عمر جرحها بما ليس بجرح به فلم يلزم
قبول جرحه لانه قال لا نقبل حديث امراة لا ندري اصدقت ام كذبت ولم يكن هذا

فيه

طعنا فيها فيجب ان تبطل اخبار الآحاد لان هذا قائم في جميع الرواة فلما ثبت ذلك بطل جرحها
واما علي عليه السلام فجرح معقلا بما هو في الحقيقة جرح الا ترى انه قال لا نقبل
قول اعرابي بوال على عقبيه وهذا وصف من لا يعرف الفرائض والسنن ولا يعمل بها
وهو ابلغ في الجرح لو صحت جرحته وسقوط خبره وروي عن الزهري انه قال لم
يزل الناس ينكرون هذا الحديث **فان قيل** فقد قبله عبد الله بن مسعود
قيل له لو ثبت انه قبله كان جرح من جرحه اولى لان الجرح اقوى من التعديل على انه
لا يثبت ان عبد الله قبله لانه كان يحكم باجتهاده قبل سماع هذا الخبر وانما روي انه لما سمع
هذا الخبر سر به وهذا لا يدل على انه قبله ولا على انه عمل به ومما يدل على ذلك انه لا خلاف
انه لو طلقها قبل الفرض والدخول كان لا مهر لها وكذلك اذا مات قبلهما والمعنى
انه فراق حصل قبل الفرض والدخول وايضا لو حصلت الفرقة بينهما في حال الحياة
لم يجب لها مهر كذلك اذا حصلت بالموت دليله لو كان جرى بينهما عقد فاسد او كانت ام ولد
توضيح ذلك ان الموت بمنزلة ما وجب لها في حال الحياة وقد علمنا انه قبل الموت لم يجب لها
شيء فوجب ان لا يجب بالموت كما لا يجب بالارتداد **فان قيل** فان مهر المثل يجب بالعقد
فوجب ان يتاكد بالموت كالمسمى **قيل له** لسنا نسلم ان مهر المثل يجب بالعقد وانما
يجب بتراضيهما او بحكم الحاكم به مع اختيار الزوج لبقاء النكاح الا ترى انه لو اختارت
فراقها لم يحكم الحاكم به وكذلك لو تراضيا بدونه او باكثر منه لم يجب مهر المثل فثبت انه لا يجب
بالعقد **فان قيل** الزوج قد ملك البضع بالعقد وغير جائز استحقاقه بغير بدل اذا
قد ملك عليه البدل **قيل له** لا نختلف ان هذا العقد يصح بغير بدل وانما يجب لها
البدل بعد ذلك بشرائط ذكرناها الا ترى انه لو لم يكن يصح الا بالبدل لوجب ان يفسد
بفساد البدل كالبيع والاجارة **فان قيل** لولا انه واجب لها لم يحكم الحاكم لها به
قيل له وقد علمنا ان الحاكم يحكم لها مع اختيار الزوج لبقاء النكاح ولسنا نعلم انها
تستحق مهر المثل على بعض الوجوه وانما اختلفنا في انه يجب بالعقد او بعده **فان قيل**
قد علمنا انها تستحقه بالدخول والدخول تصرف من الزوج فيما ملكه وتصرف الانسان
فيما ملكه لا يوجب عليه شيئا فاذا الموجب هو العقد **قيل له** لا خلاف بيننا وبينكم
ان عقد الاجارة يملك المستاجر به المنافع ولا يستحق الاجرة عليه بالعقد وانما يستحق
باستيفاء المنافع فلا يمتنع ان تستحق التي لم يسم لها مهرا بالعقد شيئا وانما تستحق بالتصرف
فيها كالمؤاجر لا يستحق على المستاجر الاجرة بالعقد وانما يستحق باستيفائه المنافع
فان قيل فالمطلقة قبل الدخول والمسيس قد استحقت من مال الزوج شيئا وهو المتعة

وجب ان يستحق بالوفاة شيئا من ماله **قيل له** لا يمتنع من ذلك وانما يستحق الميراث بالاجماع
وبقيت العده على ان المتعه لا يستحقها المراه بالنكاح وانما يستحقها بالطلاق بدلاله
انها لا تطالب بها الا بعد الطلاق وقد يستقيم الموت على الدخول في ايجاب المهر لا يصح
وانما يصح ذلك في مهر المسمى وذلك ان الدخول وجب المهر لانه استيفا منافع البضع
بدلاله انه لو وطيها بعقد فاسد استحق المهر عليه والموت لا يستوفى به منفعه ولم يجب
ان يكون سبيله سبيل الدخول في هذا الباب واما وجوب مهر المسمى به كالدخول لان
احد موجبي العقد يحصل به على ما بيناه وفي المسله التي نسلم هذه على ان الموت يوجب الفراق
والفراق لا يوجب المهر فبطل ما اعتمدوه وليس لهم ان يقولوا انها لم تستحق المطالبه لها
بمهر المثل بل ذلك على ثبوته لانا لا نسلم ذلك ونقول ان لها المطالبه بان يفرض لها ثم تطالب
بعد ذلك بالمهر ووجه رد روايه المسمى ما اوردناه سابقا في مسالة المشاهده والعده فيه ان النبي
عليه السلام حين قال ذلك لم يكن ثبت عنده خرج امير المومنين عليه السلام لم تعملوا ما مع
ثبوت ذلك فلا قول لاحد ما في الاحكام على ما بيناه فاما اذا مات بعد الدخول فلا اشكال
في وجوب المهر اذ المراه قد استحقته بالدخول على ما بيناه في المسائل التي تقدمت فلا وجه
لاعادته **مسألة** قال واذا بطل الزوجيه والبنا بين الزوجين فقضى للمراه بمهر
مثلها وهذا ما قد مضى شرحه وبيانه فيما تقدم في مواضع والمراد به اذا لم يكن سمى لها
مهرا مسمى وان تراضيا شيئا واختلفا فيه فالقول قول المراه مع يمينها الى مهر المثل وفيما زاد
على ذلك يكون القول قول الزوج مع يمينه وهذا مما نوضح في كتاب الدعاوى والبينات
ان شاء الله تعالى **مسألة** قال واذا خلا الزوج بزوجته وارخى الستر دونها
وجب المهر كاملا اذا كانت المراه تصلح للجماع ولو ارخا الستر عليها ومعهما في البيت غيرهما
ولم يمسها لم يجب المهر كاملا وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب وما ذكرناه من كونها
ممن يصلح للجماع منصوص عليه في الاحكام والمنتخب والقول بان الخلوه توجب جميع المهر قول اهل
علي عليه السلام ورأي اهل البيت عليهم السلام لا احفظ عن احد منهم فيه خلافا وروي نحو ذلك
عن عمر وعثمن وزيد بن ثابت وابن عمر وهو قول ابي حنيفه واصحابه واحد قولي الشافعي والقول
المشهور للشافعي انها لا تستحق كل المهر الا بالوطي **والدليل على صحة ما ذهبنا اليه**
قول الله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه
شيئا وهذا عام في الجميع مهر الا ما خصته دلاله ثم بين تعالى حكم الخلوه فقال وكيف تاخذونه
وقد افضى بعضكم الى بعض والافضا هو خلوه الزوج بها كسا لا ستا وبيسهما لانه ماخوذ من
الفضاء من ذلك ما روي لا يفضي رجل الى رجل ولا امراه الى امراه الا الى والده او ولده
فبان ان المراد بالافضا الستر هو الجماع روى ذلك ابو داود ويدل على ذلك قوله تعالى
واتوا النساء صدقاتهن نحله وعمومه يقتضي ما ذكرناه فان قيل فقد قال الله تعالى وان طلقتموهن

من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فاوجب لهن من طلقهن قبل
المماسة نصف المفروض فوجب ان تخص به الاية التي تعلقتم بها لنزولهن الاية
اخص منها قيل له ان الاية وردت على وجهين وردت من قبل ان تمسوهن وما تمسوهن
والقراءتان كالايتين وبعد قوله سبحانه وتعالى من قبل ان تمسوهن فالحكم قد
تعلق بالمس فيقال هذا متى مسها ثم طلقها كمال المهر واذا ثبت ذلك فمن
مسها بيده فلم يفرق احد بينها وبين من حصلت له الخلوة معها وان لم يمسها ويدل
على ذلك ما رواه ابو بكر الجصاص باسناده في شرح المختصر قال قال رسول الله
صلى الله عليه واله وسلم من كشف خمار امراة او نظر اليها وجب الصداق دخل بها
او لم يدخل وذكر ابو العباس الحسني رحمه الله تعالى في النصوص باسناده ان رسول الله
صلى الله عليه واله وسلم قال من كشف عورة امراة فقد وجب صداقها
وكل ذلك يصحح مذهبنا دون مذهب الخصم وروى هناد باسناده عن قتادة عن
الحسن عن الاحنف بن قيس ان عليا عليه السلام وعمر قالا اذا اغلق بابا وارخى سترا فالصداق
لها كامل وعليها العدة وقد روي عن الحسن انه قال قضى المسلمون اذا اغلق
بابا وارخى سترا وجب المهر ووجبت العدة وروى عن زرارة بن اوفى قال قضى الخلفاء
الراشدون ان من اغلق بابا او ارخى سترا فقد وجب عليه المهر ووجبت العدة فعلى هذا
يدل على ان المسألة اجماع وقد استضعف ما روي من خلافه عن عبد الله وغيره ويدل
على ذلك انها قد سلمت ما اقتضاه عقد النكاح تسليما صحيحا فيجب ان يستحق العوض
دليله البائع سلم السلعة الى المشتري تسليما صحيحا والمستاجر منه سلم الدار الى
المستاجر يكشف ذلك ان صحة العقد تقتضي التسليم دون الوطء لانه ما اجمع عليه
من جواز نكاح المجبوب مع عدم الوطء فاذا كان ذلك كذلك وحصل التسليم للزوج
وجب ان يستحق عليه كمال العوض الا ترى ان البائع اذا سلم السلعة الى المشتري استحق
العوض اتسع المشتري بالسلعة ام لم يتسع وكذلك المستاجر منه اذا سلم الدار
استحق العوض تسلمها المستاجر او لم يتسلمها فوجب ان يكون ذلك حكم الخلوة في النكاح
يؤكد ذلك ان حكم النكاح في استحقاق البدل اوكد من حكم سائر العقود الا ترى
ان في سائر العقود اذا تلف المعقود عليه قبل التسليم لم يلزم العوض ولم يحصل
مستحقا ولا يختلف في النكاح ان موت المعقود عليها يوجب كمال العوض واذا ثبت
ذلك وثبت ان التسليم يوجب العوض في سائر العقود كان اولى ان يكون التسليم
في النكاح موجبا للعوض ويبين ذلك انا وجدنا في سائر العقود يستوي حكم قبض
المعقود عليه واستيفائه وحكم التسليم له في استحقاق العوض فوجب ان يكون ذلك
حكم الخلوة وحكم الوطء بعلة انه عقد معاوضة في استحقاق العوض فان قيل

عندكم انها لو سلمت نفسها وبها جنون او جذام او برص لم يجب كمال المهر وكذلك لو
كان معهما غيرهما في البيت فقد نقضتم ما ذكرتموه قيل له نحن ذكرنا فيما سلف ان يكون سلمت
ما اقتضاه العقد تسليما صحيحا والعقد اقتضى تسليمها صحيحة من العيوب فاذا لم
يستحق العوض الا بالتسليم الذي اقتضاه العقد لم يحصل وكذلك اذا كان معهما والاخر غيره
لم يقع التسليم صحيحا وكذلك لو سلمها وبها عيب ترده به لم يكن ذلك تسليما لما اوجبه العقد
فان قيل بالخلوة في العقد الفاسد عندكم لا توجب كمال المهر وان اوجب الوطء ذلك فكذلك
في العقد الصحيح قيل له ذلك مما يعضد ما قلنا وذلك انه لما لم يحصل التسليم الذي اقتضاه
العقد لم يجب العوض الا بالتسليم في العقد الفاسد غير واجب والعقد عري عن صحيح معنى
له فلم يكن له حكم كما ان التسليم في عقد البيع الفاسد لا يوجب العوض ما لم يقبضه المشتري
وان كان لو استهلك استهلك السلعة لزمه العوض وكذلك الوطء في العقد الفاسد
يوجب العوض لانه جار مجرى الاستهلاك ولا يوجبه التسليم لانه تسليم لا حكم له ووضعنا
في كلامنا ما هو الوجه لقولنا انه ان كان معهما في البيت غيرها لم يستحق بالخلوة المهر
واشترطنا ان يكون ممن يصلح للجماع لانها ان كانت صغيرة لا يجامع مثلها لا يكون بضعها
مسلما اذ ليس له وطؤها فيكون هناك مانع من التسليم **مسألة** قال ولو ان
رجلا تزوج امراة على طلاق اخرى كان لها مهر مثلها وطلقت الاخرى فان تزوجها على ان يطلقها
كان في الطلاق بالخيار وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجه ايجابه لها مهر المثل ان طلاق
الاخرى ليس بمال ولا جار مجرى مال فلم يصح ان يكون مهرا على ما بيناه فكان ذلك نكاحا
بغير مهر فوجب ان يقضى لها بمهر مثلها على ما سلف القول فيه وقلنا ان الاخرى يطلق
لايقاعه طلاقا فيها عوضا من بضعها فالطلاق واقع وان لم يصح كونه عوضا للبضع
ولا يجب فساد العقد من اجله كما قلنا في الشغار لانه لا يؤثر في موجب العقد وليس
كذلك الشغار واما اذا كان ذلك وعدا فلا يقع الطلاق والزوج فيه بالخيار كما ذكرنا
في سائر ما شرط لها من ان لا يخرجها من مصرها او من دار والديها وما جرى مجرى ذلك
مسألة قال ولو ان مريضا تزوج امراة على اكثر من مهر مثلها ثم مات من المرض الا ان يكون
وليها فيكون الزائد على مهر المثل وصية تخرج من الثلث وهذا منصوص عليه في المنتخب ومعنى الوليج
هو المحاباة وانما يكون الزائد محاباة اذا كان المريض يمكنه التوصل الى بضعها بمهر مثلها فاذا
امتنعت من ذلك ولم يمكنه التوصل اليها الا بالزيادة على مهر مثلها فكيف ذلك الا لانه لا يملك بضعها ولها
ان لا تملك بضعها الا باختيارها لانها مالكة لامرها فاذا ثبت ذلك ثبت انها تستحق جميع عوض بضعها
ويدل على ذلك قول الله تعالى ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا وقوله وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم
الى بعض وقوله سبحانه وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فاذا امكن ذلك بمهر مثلها فزادها على ذلك كان الزائد
محاباة وجاريا مجرى الهبة والوصية اذ لا وجه له غير ذلك ولا خلاف فيه فلذلك قلنا انه يجري مجرى الهبة

والوصية

في الوصية ويخرج من الثلث

باب القول فيما يرد به النكاح

اذا تزوج الرجل المرأة ثم وجد بها الجنون او الجذام او البرص او العفل كان له ان يرد بهذه العيوب اذا لم يكن علم بها حال العقد ولا مهر لها الا ان يكون وطئها فان كان وطئها فلا يلزمه الا ان يطلقها ولها المهر وهذا جميعه منصوص عليه في الاحكام وذكر نحوه في المنتخب والاصل في رد النكاح بالعيب حديث جميل بن زيد عن ابن عمر قال تزوج النبي صلى الله عليه وآله وسلم امرأة من بني غفار فادخلت عليه فرأى في كشحها وضحا فردها وقال لبستم علي وفي بعض الحديث قال لها الحقي باهلك فان قيل يحتمل ان يكون ردها بالطلاق قيل له ظاهر الخبر يقتضي انه لم يكن غير الرد وانه ردها لما رآه من كشحها من الوضح كما روي لانه ما عرفنا لكن رآها فردها وان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن ... واذا ثبت الرد من اجل البرص فلا احد قال بالرد منه الا قال بالرد من سائر ما ذكرناه ويدل على ذلك حديث زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام قال يرد النكاح بأربعة اشياء الجنون والجذام والبرص والعفل وروى هناد ابن وكيع عن سفيان عن رجل عن الشعبي عن علي عليه السلام قال ان كان دخل بها فهي امرأته وان لم يكن دخل بها فرق بينهما وروي نحو ذلك عن عمر فان قيل روي عن علي عليه السلام انه قال هي امرأته ان شاء امسك وان شاء طلق قيل له هذا الخبر مروي عن الشعبي وقد روى الشعبي عنه ما قدمناه فيدل على ان المراد به بعد الدخول ومما يدل على ذلك ان النكاح هو عقد معاوضة فوجب ان يكون للرد بالعيب فيه مسرحا في كل واحد من البدلين دليله البيع ولا خلاف ان المهر يستحق فيه الرد بالعيب فوجب ان يكون البضع كذلك والعلة انه احد البدلين في عقد النكاح وايضا وجدنا الرتق يمنع من تسليم البضع فوجب ان يكون ذلك يقتضي الخيار لمستحق التسليم دليله من استأجر دارا ثم وجدها غاصبا يمنع من التسليم لا خلاف ان له الخيار في فسخ العقد والعلة انه عقد يقتضي تسليم المعقود عليه فاذا حصل ما يمنع التسليم كان لمستحق التسليم الخيار في فسخ العقد ويبين ان الرتق مانع من تسليم البضع انه لا خلاف بيننا وبين ابي حنيفة ان من خلا بها زوجها وهي محرمة او صائمة في رمضان او حائض لا يستحق كمال المهر لحصول ما هو مانع من تسليم البضع وقد علمنا ان الرتق منعه ابلغ من منع الاحرام والصوم والحيض لانه الذي يمنع في الحقيقة وهذه الاشياء تمنع حكما فاذا ثبت ذلك في الرتق ثبت في سائر ما ذكرناه على ان الجذام ايضا مما يمنع من التسليم حكما وذلك لما اخبرنا به عبد الرحمن بن محمد الزهري حدثنا محمد بن علي بن الحسين بن ابي الحديد الفقيه بمصر الصدفي ثنا يونس بن عبد الاعلى الصدفي ثنا انس بن عياض عن عبد الله بن عامر حدثني ابي ... فاطمة عن الحسين بن علي عليهم عن ابن عباس رحمه الله ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان يقول لا تديموا

النظر الى المجذوم ومن كلمه منكم فليكن بينه وبينه قدر رمح فلما منع صلى الله
عليه وآله وسلم من مكالمتهم ومن مقاربتهم واوجب ان تكون بينه وبينهم قاب رمح
كان ذلك مانعا من التسليم فان قيل ان هذه العلة منتقضة بالصائمة والحائض
والمحرمة لان من تزوج بهن لا خيار له بالاجماع وان كانت هذه الامور مانعة من التسليم
قيل له هذا ليس بنقض لانا قسنا الفرع على الاصل وقد علمنا ان ما منع منها منعا مستمرا
في الاصل لا يوجب الخيار للمشتري كان يكون في الدار متاع للبايع يحتاج الى نقله منها
الى ساعة او يوم او نحوه وانما يؤثر فيها وذلك ما كان منعا مستمرا ما ويكون مثله منعا
الا ترى ان الحيض والصيام لا يكون عيبا في الجارية لانهما وان منعا من الوطء فليس منعا
مستمرا ما وليس كذلك الرتق فسقط بما بيناه اعتراضهم فان قيل لو رد النكاح بما
ذكرتم لوجب ان يرد بسائر العيوب قيل له لا يمتنع اختلاف احوال العيوب في العقود الا ترى
ان المخالف لنا في هذه المسألة يجعل الجذام اذا لم يكن برد عيبا في الجارية ولا يجعله عيبا في العبد
والعقل الذي ليس بفاحش يجوز به الرد في البيوع ولا يجوز رد المهر به وانما يجوز رده به
اذا كان فاحشا ويجعل الزنا عيبا في الامة ولا يجعله عيبا في العبد فقد بان لك ان العيوب
تختلف احكامها وليس يجب ان يجري الجميع مجرى واحدا على ان اعتبارنا يترجح بالنقل والعائد
الشرعية وبانه يجري مجرى اجماع الصحابة ويعضده فعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم
وهو قول امير المؤمنين عليه فوجب اتباعه فان قيل فكيف تدعون انه جار مجرى الاجماع
وقد روي عن ابن مسعود خلاف ذلك قيل له قد قيل في الخبر انه ضعيف وقيل ان المراد به
سائر العيوب في قلنا ان له الرد بهذه العيوب اذا لم يكن علم بها لانه لا خلاف ان سائر العقود
لا يرد بعيب علمه المتبايعان وتراضيا به وقلنا ان كان وطيها كان لها المهر وكان له ان
يطلقها او يمسكها لان الوطء يستحق به المهر لانه جار مجرى استهلاك البضع ولانه لا خلاف فيه وهو
المروي عن علي عليه السلام وعمر وقلنا ان شاء طلق وان شاء امسك لان الوطء يبطل الخيار واوجب
المهر لكونه جاريا مجرى الاستهلاك **مسألة** قال وان كان خلا بها ولم يكن
وطيها ثم ردها بالعيب لم يكن لها المهر وهذا منصوص عليه في المنتخب قال الناصر عليه السلام
لها المهر اذا خلا بها **ووجه** ما ذهبنا اليه ان الخلوة اوجبت المهر لانها كانت تسليما صحيحا
للبضع الا ترى انه لو خلا بها وفي البيت معهما غيرهما او كانت هي ممن لا تصلح للجماع للصغر
او كانت محرمة او صائمة او حائضا لم تستحق كمال المهر لان التسليم لم يقع صحيحا كما اقتضاه
العقد فكذلك ما ذهبنا اليه لان التسليم الصحيح لم يقع الا ترى انه من سلم الى المشتري عبدا
معيبا لم يمنع ذلك التسليم خيار الرد وكان حاله بعد التسليم الصحيح لم يمنع الامر الذي من
سلم الى المشتري كحاله قبل التسليم ما لم يستهلك المشتري العبد وكذلك الزوج اذا خلا

بالمعسه لا يبطل اختياره ولا يوجب المهر ما لم يبطلها بالفعل التي ذكرناها مسألة
قال وإذا دلس العبد على الحرة فتزوجته على أنه حر كان لها الخيار إذا علمت إن شاءت أقامت
معه وإن شاءت فسخت نفسها هذا إذا أجاز سيد العبد نكاحها وعلى سيد العبد المهر إن كان
دخل بها وإن لم يجزه كان النكاح باطلا فإن كان العبد دخل بها كان عليه مهر مثلها يطالب به
إذا عتق وهذا منصوص عليه في الأحكام قلنا إن لها الخيار إذا دلس العبد عليها لأنه قد ثبت
أن العبد ليس بكفو للحرة وأن وليها لو زوجها من غير كفو كان لها الخيار فوجب أن يكون لها
الخيار إذا دلس العبد عليها نفسه والعلة أنه تزوجها من ليس بكفو بغير رضاها وهي بالغة
فوجب أن يكون لها الخيار على أن أبا حنيفة قد قال إن المرأة إذا غرت بنسب رفيع شريف فوجدته
من سهام ووجدته دون ذلك كان لها الخيار والعقد أولى به يكشف ذلك أنها إذا لم ترض إلا بعشرة
من المهر فلها أن تمنع نفسها إذا منعت ما به رضيت فكذلك النسب والحرية لأن جميع ذلك حق لها
لأنها تلحقها وتلحق أولياءها المعضاضة بفقد الحرية والكفاءة كما تلحقها المضرة بنقصان المهر وقلنا
إن سيده إذا أجاز ذلك تعلق المهر لأن إذنه له في النكاح يجري مجرى الضمان للمهر وهذا إذا دخل
بها أو طلقها قبل الدخول ولم تختر المرأة الفسخ فإن اختارت المرأة الفسخ قبل الدخول فلا مهر
لها لأن الفرقة جاءت من قبلها وإن كان ذلك بعد الدخول فلها المهر على ما سلف القول فيه
قلنا إن السيد إن لم يجز نكاحه بطل النكاح لأن نكاح العبد لا يصح إلا بإذن سيده وقد مضى القول
فيه وقلنا إن كان العبد دخل بها فلها المهر عليه تطالبه به إذا عتق لأن المهر قد وجب بالوطء
وقد رضيت المرأة بكونه في ذمته فليس لها أن تطالبه به إلا إذا عتق وصح منه الملك كما أن رجلا لو أقرض
مملوكا أو باعه شيئا كان للحر عليه يطالبه به إذا عتق لأنه قد رضي بكون ذلك في ذمته مسألة
فإن كان العبد أوهمها أن سيده قد أذن له في نكاحها كان ذلك جناية من العبد يلزم سيده لها
وهذا منصوص عليه في الأحكام والأصل في هذا أن جناية العبد يلزم رقبته على ما
مضى القول فيه ومن غرر العبد لها جناية عليها وجب أن يكون في رقبته كما أنه لو قتل أو غصب
مالا واستهلكه يكون ذلك في رقبته وكذلك في مسألتنا هذه فإن قيل المرأة
قد رضيت بكون ذلك في ذمته فلم يجب أن يكون ذلك جناية قيل له إنما رضيت بكون ذلك في
ذمة سيده دون ذمته لأنها إذا غرت بأن السيد أذن له فيه فقد رضيت بكون المهر على
السيد دونه فأما إذا لم يكن السيد أذن له في ذلك حصل المهر في غير الذمة التي رضيت بها فيكون
ذلك جناية منه كما أنه إذا غصب واستهلك يكون ضمانه في ذمة لم يرض بها المغصوب منه فيكون
ذلك جناية منه وكذلك إن غرها بأنه حر فإنها تكون قد رضيت بكون المهر في ذمته بشرط الحرية
فإذا كان قد تبدل حصل ضمانه في ذمة لم ترض بها المرأة فسبيله سبيل الغاصب على ما بيناه فإن
قيل أرأيتم لو أن حرا فقيرا غرها بالغنى أليس المهر يكون في ذمته يطالبه به إذا أيسر فالكرم على
من قال لكم إن ذلك سبيل العبد قيل له في هذا جوابان أحدهما أن ذمة المعسر كذمة الغني

نصحه بوجه المطالبة عليها على بعض الوجوه والثاني ان اكثر ما يجب فيما ذكرتم ان العارية
يكون بذلك جنايتها الا ان جنايتها لا يتجاوز رقبتها لانها لا تضمن بما حصل في ذمة الغير على وجه الجناية
او على غير وجه الجناية بما يتجاوز رقبتها لانها لا تضمن او على غير وجه الجناية وانه لا يتعدا ذمته وليس
كذلك العبد لانها تلزم رقبته ويتعدا الى سيده **مسألة** قال واذا دلست الامة نفسها
على الحر فتزوجها على انها حرة فسخ النكاح ان شاء من الزوج او سيد الامة وهذا ما يقتضيه اصول
يحيى عليه السلام لانه قد نص على ان نكاح الامة لا يصح بغير اذن سيدها ونص على ان النكاح يوقف على
الاجازة وعلى ان المغرور له ان يرد ما غر به واما ما قلناه ان سيدها يفسخ النكاح ان شاء فالخلاف فيه
مع الشافعي من وجه انه لا يجيز النكاح الموقوف وقد مضى الكلام فيه وقد ثبت ان هذا النكاح لم يكمل للفسخ فيه
مسرح وما قدمناه من جواز النكاح الموقوف يفسد قوله ويوضح ما ذكرناه وما ذكرناه من ان الزوج
ان يفسخ النكاح فالخلاف فيه مع ابي حنيفة لانه لا يوجب رد المراة بشيء من العيوب وما قدمناه
من ان النكاح يرد بالجنون والجذام والبرص والرتق يدل على صحة هذه المسألة اذ لا فرق بين
الرق في المراة وبين سائر العيوب فيها في رد النكاح به لان من اوجب الرد بها اوجب الرد بالرق
ومن ابى الرد بها ابى الرد بالرق فاذا ثبت جواز الرد بسائر العيوب التي ذكرناها ثبت جواز الرد بالرق
ومما يدل على ذلك ايضا انه لا خلاف بيننا وبين ابي حنيفة واصحابه ان الحرة اذا دلس عليها العبد نفسه
كان لها الخيار في فسخ النكاح فيجب ان يكون ذلك سبيل الحر اذا دلست الامة عليه نفسها والعلة
انه نكاح عقد على التغرير بالرق فيجب ان يكون للمغرور الخيار **فان قيل** ما تنكرون على من قال
ان المراة جعل لها الخيار لانها لا تملك رفع النكاح الا بالفسخ وهي لم ترض بذلك النكاح وليس
كذلك الزوج لانه مالك للطلاق **قيل له** كونه مالكا للطلاق لا يمنع من ثبوت الخيار اذا
شارك المراة فيما اوجب لها الخيار وهو التغرير بالرق فكان ما ذكرتم جاريا مجرى الفرق مع
وجود العلة على ان المراة ايضا تقدر على فسخ النكاح بالردة وهذا لا يمنع من ثبوت الخيار لها
فبان ان الاعتبار به لا معنى له وان الخيار انما ثبت لها لانها غرت بالرق فاذا شاركها الزوج في ذلك
وجب ان يثبت له الخيار **مسألة** فان كان الزوج وطيها لم يرجع عليها بالمهر وان
كان اولدها كان لسيد الامة قيمة اولادها على ابيهم وكان للاب ان يرجع بها على سيد الامة لانها
جناية منها يستعاض الا ان تكون قيمة الاولاد اكثر من قيمة الامة فيجب على الاب ايضا الزيادة لسيد
الامة وهذا منصوص عليه في الاحكام وفيه ان قيمة الاولاد ان زادت على قيمة الام فللزوج ان
يطالب بتسليم رقبتها جناية بينها ان طولب بكمال قيمتهم **ووجه** وجوب المهر بالوطء ما
من قوله صلى الله عليه واله وسلم في النكاح الفاسد فان وطيها فلها المهر بما استحل من فرجها
وما قد ثبت من ان الوطء الواقع بالشبهة لا بد له من مهر ولا يعدو ان يقال على اصل يحيى عليه
انه يرجع به على سيدها ان كانت هي التي غرت لنقيصة في المعقود اذا وطئ ثم ردت
يرجع بالمهر على من غره وقوله ان الزوج لا يرجع عليها محمول على انها لا مهر لها الا ان يكون

المراد حصول الاستحقاق وان استحق الزوج عليه بدله او يكون المراد به اذا لم يمكن المرأة اعارة
وكان الغار غيرها فاما الاولاد فلا خلاف بين الصدر الاول والفقهاء من بعدهم في انهم
احرار ولم يختلف السلف في انهم مضمونون على الاب وان اختلفوا في كيفية الضمان فروي
عن عمر انه قال غلام بغلام وجارية بجارية وقول علي عليه السلام ان الواجب فيهم
القيمة واليه يذهب عامة العلماء الفقهاء ويقوي ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم
انه حكم في عبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر ان يضمن قيمته ولم يحكم عليه بنصف
عبد مثله فصار ذلك اصلا في ان ضمان الحيوان ضمان القيمة وايضا لا يختلف الفقهاء ان من
استهلك لغيره حيوانا او ساجا انه يضمن القيمة دون المثل فكذلك في مسألتنا لانه اعدل
وابعد من الجهالة لان الاثر المستهلك لو كان مما يكال او يوزن ضمن المستهلك مثله لما كان
المثل فيه اعدل في ابعد من الجهالة ولا خلاف ان ضمان المغرور ايضا يرجع بقيمتهم على الغار
وكذلك قلنا انها ان كانت هي الغارة كانت القيمة في رقبتها واختلف في ذلك فذهب
ابو حنيفة والشافعي الى ان القيمة تكون في ذمتها تطالب بها اذا عتقت وقلنا نحن انها
تكون في رقبتها بمنزلة جنايتها التي تلزم سيدها كما قلناه في سائر الجنايات وهذه الجملة
يوضح القول فيها بعد والذي يختص هذا الموضع بيان ان لم نر حجابه وقد سلف القول فيه
فلا وجه لاعادته **مسألة** قال ولا يجبر العنين على فراق زوجته وهذا
منصوص عليه في الاحكام وهو قول القاسم عليه السلام انه روي ذلك عن الحكم بن عتيبة **والاصل**
في ذلك ان النكاح من حكمه الاستدامة ولا يثبت فيه خيار الا بدلالة شرعية ولا دلالة على ثبوت الخيار
للمرأة وروى ابو العباس الحسني رحمه الله تعالى باسناده عن ابي اسحق عن هاني بن هاني ان امرأة جاءت
الى امير المؤمنين علي جميلة عليها ثياب حسنة فقالت اصلح الله امير المؤمنين انظر في امري فاني
لا ايم ولا ذات بعل فعرفوا امرها فقال لها ما اسم زوجك فقالت فلان بن فلان قال اهكم من يعرفه
فاتي بشيخ كبير يدب فقال له ما لامرأتك تشكوك فقال يا امير المؤمنين الست ترى عليها اثر النعمة الست
حسنته الثياب فقال فهل عندك شيء قال لا قال ولا عند السحر قال لا قال هلكت واهلكت فقالت المرأة
يا امير المؤمنين في امري قال اما استطيع ان افرق بينكما ولكن اصبري وروى هناد عن وكيع عن حفص
عن سفيان عن ابي اسحق عن هاني بن هاني نحو ذلك وروي انها قالت فانا من يا امير المؤمنين فقال اتقي
الله واصبري وما استطيع ان افرق بينكما فدل ذلك على انه لا خيار لها اذ امرها بالصبر
على ذلك احببت ام كرهت **فان قيل** فقد روي عن عمر انه قال يؤجل العنين سنة فان وطئ اهله
والا فرق بينهما **قيل له** عندنا ان قول علي عليه السلام اولى بالاتباع على انه لو لم يكن له
اولى بالاتباع ايضا لقابل قول عمر ووجب الرجوع الى ان لا خيار لها لان ذلك هو الاصل في النكاح
فان قيل فقد روي عن الضحاك بن مزاحم ان عليا عليه السلام اجل العنين سنة فان هو

وصل الى اهله ولا فرق بينهما قيل له لم يحك عن علي عليه السلام ما قولكم في الحديث ولم يجز ان
يصير ذلك معارضا لحديثنا على انه قد روي عن عمر ايضا ما يعارض ما اعتمدوه عنه وذلك ما
رواه هناد حدثنا ابن ادريس عن محمد بن اسحق عن عبد الرحمن بن يعقوب بن الصلت المطلبي
عن عبد الله بن عامر بن ربيعة قال بينا انا اسير مع عمر اذ عرضت له امرأة شابة
فاستوقفته فوقف لها فقالت يا امير المؤمنين امرأة شابة وزوجها زوج كبير وهي تريد
ما يريد النساء من الولد وغيره قال فارسل حتى بعث اليه زوجها فقال له عمر وكيف ما تقول
هذه قال صدقت يا امير المؤمنين ما الوت ان احسن اليها قال نعم لا تطهرها قال اي والله يا امير
المؤمنين قال خذ بيدها انطلق معها لعمري ان هذا لتجزي المرأة المسلمة وهذا اولى مما رووه لانه
اخبر ان ذلك يجزي المرأة المسلمة فدل ذلك على انها لا تجب لها المطالبة بعد ذلك ومما يدل على ذلك ما
روي عن الزهري عن عروة عن عايشة قالت جاءت امرأة رفاعة القرظي الى رسول الله صلى الله عليه وآله
وسلم فقالت يا رسول الله كنت عند رفاعة فطلقني فتزوجني عبد الرحمن بن الزبير وانما معه
مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقال اتريدين ان ترجعي الى رفاعة
لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك فلو كان لها الخيار وكان يتعلق بمضي سنة لعرفها النبي
صلى الله عليه وآله وسلم كما عرفها الحكم في رجوعها الى رفاعة فلما لم يذكر ذلك صلى الله عليه
وآله وسلم علم انها لا خيار لها في ذلك ومما يدل على ذلك انه لا خلاف في ان العجز عن الوطء لا يوجب
لها الخيار والتفريق في اول ما يظهر لانهم لا يختلفون ان الزوج يؤجل مدة على حسب الخلاف فيها فوجب
ان لا يوجب لها الخيار والتفريق بعد انقضاء المدة والمعنى انه ظهور العنة فان قيل العنة لا
تظهر الا بمضي الفصول الاربعة قيل له من اين لكم ذلك وما الدليل عليه وهذا مما لا سبيل الى اثباته
على انه يقال لهم لا خلاف بيننا وبينكم انهما اعني الزوج والزوجة لو تصادقا في ان الزوج عاجز
عن الوطء مدة اربع سنين فضلا عن اربعة فصول انه لا يكون للمرأة الخيار في اول ما يترافعان فقد بان
صحة ما ذكرناه من ان ظهور العنة لا يوجب لها الخيار والتفريق وايضا لا خلاف انه لو وطئها ثم عجز عن الوطء
لم يجب الخيار وكذلك اذا عجز قبل الوطء والعلة انه حصول العجز عن الوطء يوجب ان لا يجعل لها الخيار ومما يؤكد
ذلك ما ذهبنا اليه ويوضحه ان عقد النكاح لم لا يوجب لها المطالبة بالوطء بدلالة ان الوطء
مما يتكرر فلو كان عقد النكاح موجبا لها المطالبة به لتكررت المطالبة به لتكررت المطالبة الا ترى
ان سائر ما يوجب عقد النكاح المطالبة به مما يوجب المطالبة بتكررها كالنفقة والكسوة والسكنى
والقسم في الليالي والايام ولا يجب الاقتصار في شيء من ذلك على مرة واحدة فلو جرى الوطء مجرى سائر
ما ذكرناه لوجب ان لا يقتصر فيه على مرة واحدة يكشف ذلك ان الوطء لما كان مما اوجبه عقد النكاح
للزوج وتكررت مطالبته به ولم يجب الاقتصار على مرة واحدة فاذا ثبت ذلك لم يجب لها الخيار
بالعجز عنه كما لا يكون لها الخيار اذا عجز عن سائر ما ليس لها المطالبة به ومما يبين ان الوطء ليس
بحق لها انها تستحق العوض عليه ولا يجوز ان يستحق الانسان العوض على استيفاء حقه الا ترى انه

لما كان فيه حقا للزوج لم يجز ان يستحق العوض على استيفائه بل يستحق عليه العوض واذا ثبت انه ليس
حقا لها وجب ان يكون العجز عنه لا يوجب لها الخيار **فان قيل** لا خلاف ان المولى مطالب بالوطء
وهذا يعترض ما ذكرتموه **قيل له** نحن ذكرنا انه لا يكون الوطء واجبا بعقد النكاح ووجوبه على المولى
لا يعترض ما قلناه على انا لسنا نسلم ان المولى يوجب الوطء على الاطلاق لانه عندنا مخير بشرط الفيء
عليه فان شاء كفاه ان يولي لسانه **فان قيل** فانهما لما ملكا عليها بضعها وجب ان لا تملك هي
المهر وتستحقه استحقاقا صحيحا وذلك لا يكون الا بالوطء **قيل له** ليس بين الخلل الخيار للمهر
بالخلوة **قيل له** عندنا انها بالخلوة تستحق كمال المهر استحقاقا صحيحا فالسؤال ساقط عنا
فان قيل لا يكون ذلك الاستحقاق صحيحا لانه من الجائز ان يرفعا الى حاكم لا يحكم بكمال
المهر في الخلوة **قيل له** وما في كونها ممنوعة كونها مستحقة لكمال المهر عندنا على ان حاكما
لو كان يحكم لها بالخلوة بكمال المهر لم يكن لحاكم غيره فسخ ذلك ويكون قد استحقته استحقاقا
لا يقع الاعتراض عليه ومع ذلك فانكم تثبتون لها الخيار فان ان تعلقتم بذلك فما لا معنى له
فان قيل فانا لو لم نجعل لها الخيار كنا قد اضررنا بها لانه ليس الاستمتاع من الا من جهة الزوج
قيل له هذا الاعتبار فاسد لانها اذا وطئت مرة واحدة فالضرر الذي ذكرتموه قائم ومع
ذلك فان عرضت لزوجها عنة لم يكن لها خيار **مسئلة** قال ابو بكر لكل المعسر الذي
لا يعجز عن النفقة لا يجبر على فراق زوجته وهذا منصوص عليه في الاحكام وهو قول العنبري
وابي حنيفة واصحابه قال الشافعي يفرق بينهما ان اختارت المراة الفراق **والدليل**
على ذلك قوله تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله فبين تعالى حكم المعسر وانه ليس
عليه الا ما آتاه الله وانه سيجعل له بعد عسر يسرا فدل ذلك على ما قلناه من وجهين احدهما
انه بيان لحكم المعسر ولم يذكر وجوب الخيار لزوجته فوجب ان لا يكون لها الخيار والثاني انه
تعالى دل بهذه الاية انه لا يكلفه الا ما آتاه الله وبان انه ليس يلزمه الا ما عجز عنه واذا لم يلزمه
ذلك لم يفرق بينه وبين امرأته لذلك كما لا يفرق بينه وبينها لعجزه عن شيء من ما لا يلزمه فان
قيل فقد قال الله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان فاذا لم يمسك بمعروف
وجب ان يسرح باحسان **قيل له** هو عندنا ممسك بمعروف اذا امسك على حسب الطاقة ثم
مورد ما كلف به على ان الظاهر لا تعلق لهم به وذلك انهم لا يختلفون في انه لو لم يمسكها بمعروف
مع القدرة على النفقة لم يفرق بينهما وانما يوجبون التفريق للعجز وليس في الاية ذكر العجز
ويدل على ذلك انه لو عجز عن نفقة الموسر لم يجب التفريق كذلك اذا عجز عن النفقة في المعسر لحصول
العجز عن الانفاق في الحالين فان المفقود عاجز عن الانفاق ولا يفرق بينه وبين امرأته وكذلك
الحاضر فان عجز لعلة حصول العجز عن الانفاق وجب الا يوجب التفريق ويشهد لصحة ما
ذهبنا اليه سائر ما تستحقه المراة من السكنى والكسوة ونفقة الخادم ان كانت المراة ممن لا تخدم
نفسها ويجب لها الخدمة لانه لا يفرق بينها وبين الزوج وان عجز الزوج عنه فكذلك النفقة
وعندهم في هذا الباب خبر العنة وقد لا يقول به فلا يمكنهم الاعتماد عليه وذكروا من حديث

ان الزوج اذا عجز عن المهر بعد الدخول فلا خيار للمراه قولا واحدا وهذا ايضا يشهد لصحة
ما ذهبنا اليه **فان قيل** المشتري اذا افلس والسلعة في يده قايمة بعينها يكون للبايع
الخيار في فسخ البيع وكذلك العاجز عن النفقة **قيل له** الثمن في مقابلة السلعة واذا
بطل الثمن كان للبايع الرجوع فيه وليس كذلك النفقة لانها ليست عوضا من البضع فلم
يجب ان يكون سبيلها سبيل الثمن على ان الاشبه بالثمن هو المهر ولا يخالفون ان العجز عنه
بعد الدخول لا يوجب لها الخيار وان كان ذلك عندهم قبل الدخول على قولين فلا ولان
يكون العجز عن النفقة لا يوجب الخيار على المهر ايضا مفارق للثمن لان البيع لا يتم الا بالثمن وفساد
الثمن يقتضي فساد البيع وليس كذلك المهر لان النكاح يثبت بدونه وفساده لا يوجب فساد
النكاح **مسألة** قال ولو ان رجلا دلس على رجل بعيبة فتزوجها ودخل بها كان للمراه
عليه المهر ويرجع الزوج به على الولي وهذا منصوص عليه في المنتخب ونص فيه ايضا
على انه يلزم الولي اذا عرف العيب ودلس وهو قول مالك **وحكي** عن ابن ابي هريرة انه القول
القديم للشافعي **والاصل فيه** ما ذكره **يحيى بن الحسين** صلوات الله عليهما في الاحكام
ان امير المومنين عليه السلام رفع اليه رجل ابنة من امراه عربية واخرى من عجمية فزوج التي من
العربية من رجل وادخل اليه بنت العجمية فقضى علي عليه السلام للتي دخلت عليه بالمهر
وقضى للزوج بالمهر على ابيها لمعرته وقضى للزوج بزوجته فبان بهذا وجوب المهر على
الولي اذا غر **واخبرنا** ابو عبد الرحمن بن محمد الابهري قال انا ابو الحسين محمد بن علي الصدفي
نا يونس بن عبد الاعلى نا انس بن عياض عن يحيى بن سعيد سمع سعيد بن المسيب يقول ان
عمر قال ايما امراه تزوجت وبها جذام او برص او جنون فدخل بها زوجها ثم اطلع
على ذلك بعد ما مسها فيريد الخصومة فيها ان لها صداقا بمسيسه اياها وان ذلك على وليها
فلما ثبت ذلك عن علي عليه السلام وعمر ولم يرو خلافه عن غيرهما جرى مجرى الاجماع على ان
الخلاف في الصدر الاول كان على وجهين لان منهم من لا يوجب رد النكاح بالعيب ومنهم
من يوجب رده بالعيب ويوجب للزوج الرجوع بالمهر على من غره اذا استحق عليه بالوطء
ولم يكن فيهم من لا يوجب الرد ولا يوجب الرجوع بالمهر على الغار واذا ثبت ما بيناه
من وجوب المهر اذا ثبت وجوب الرجوع بالمهر على الغار اذ لا فصل بينهما ومما يدل
على ذلك انه استحق بالمهر سلامة الاستمتاع على الصحة فلما تعذر ذلك ولزمه المهر
صار ذلك في حكم التالف فوجب ان يضمنه الغار كما لو اتلفه عليه غيره ولا خلاف
ان المغرور بالامة يرجع على من غره بقيمة الاولاد اذا لزمته فوجب ان يرجع بالمهر
على من غره والمعنى انه مال وجب بسبب نكاح فيه تدليس فوجب ان يلزم الغار
بالمنكوحة فان قيل لا يجوز للزوج ان يستحقه على الغار لانه قد استوفى ما في مقابلته
وهو الاستمتاع قيل له قد بينا ان الذي استحقه هو سلامة الاستمتاع على الصحة

وذلك

وذلك

وذلك مما لو بينا لم يكن فلا يصح قولكم انه قد استوفى ما هو في مقابلة المهر على ان المعروف
قد حصل له الاولاد ولم يمنع ذلك من الرجوع بقيمتهم على الغار **فان قيل** فهلا جعلتم
للزوج الرجوع بالمهر على الولي حتى يحصل له الوطء من غير مهر **قيل له** لا يلزم ذلك لانه
قد استحقه على الزوج والزوج انما استحقه على الولي بوجه آخر الا ترى انها لو ابرأته
من المهر بعد استحقاقها اياه جاز ذلك ولم يجب ان يقال ان الوطء حصل بلا مهر
وكذلك من زوج امته عبده كان مهرها ثابتا ثم يسقط ولا يجب ان يقال ان الوطء حصل بلا
مهر فان سقوطه هنا لا اعتبار به

باب نكاح المماليك حكمهم في عدد النكاح

والطلاق حكم الاحرار وهذا منصوص عليه في الاحكام وذهب مالك وابو ثور الى ان العبد
ينكح اربعا مثل قولنا وذهب عامة اهل العلم الى انه لا ينكح الا اثنتين والدليل على صحة
ما ذهبنا اليه قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الآية ولم يخص الخطاب عبدا من حر
فوجب ان يستوي فيه العبد والحر **فان قيل** فقد قال الله تعالى في آخره فان خفتم
الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فدل على ان الخطاب للاحرار اذ لا يجوز عندكم
للعبد ان يطأ بملك اليمين **قيل له** عن هذا جوابان احدهما انه لا يمتنع ان يكون صدر الآية
عاما وعجزها خاصا فخصوص عجزها لا يمنع من عموم صدرها فلا يمتنع ان يكون ما ذكرنا عاما
في الحر والعبد والثاني ان بعض اهل العلم تاول ذلك على ان المراد نكاح ملك اليمين وهذا
غير ممتنع في العبيد **فان قيل** فقد روي ان هذه الآية نزلت في ايتام قوم في حجورهم
يتامى واموالهم وذلك حكم الاحرار وهذا يمنع من دخول العبيد فيها **قيل له** ورود الآية
على سبب لا يمنع ان يعم من له سبب ومن لا سبب له الا ترى انها نزلت في الآية فيمن كان على الصفة التي ذكرتم
لا يمنع ان يدخل فيها سائر الاحرار وان لم يكن في حجورهم يتامى ولا اموال ايتام من الناس
وكذلك العبيد لا يمتنع دخولهم فيها ومما يدل على ذلك قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين
من عبادكم وامائكم فاباح لنا انكاحهن فلنا ان نحملهم بمعنى الاحرار والعبيد حتى يمنع الدليل
منه وذلك بعد الاربع ومما يدل على ذلك ان العبد ممن يجوز له النكاح فوجب ان
يجوز له الجمع بين الاربع دليله الحر وايضا وجدنا سائر الملاذ من المطاعم والمشارب
وغيرها قد سوي في اباحتها بين الحر والعبد فوجب ان يستوي بينهما في اباحة النكاح والعلة
انه من جملة الملاذ **فان قيل** هذا ينتقض بين الحر يطأ بملك اليمين دون العبد **قيل له**
هذا ليس بنقض لان العبد لا يملك فهو في حكم من ليس له ملك من الاحرار فالذي لم يقع في معنى
الوطء وانما وقع في معنى الملك ومما يؤيد ما ذهبنا اليه ان احكام العبيد مثل احكام الاحرار
في الشرعية لم تقع في معنى الوطء في اصول النكاح وغيره بل في سائر التكاليف فوجب ان يكون

احكاما مثل احكام الاحرار وهذا اولى من رد ذلك الى الحدود والقصاص لان الحاق الاحكام بالاحكام
اشبه على ان تنصيف احكامهم لم يوجد في معنى من المعاني الا في بعض الحدود فكان كالمعترض
من جملة الاصول فوجب ان يكون القياس على غيره اولى الا ترى ان سائر الاحكام اما ان لا يصح
منهم واما ان تستوي احوالهم واحوال الاحرار كالاقتصاص منهم وحد السرقة ومقدار
ما يقطع فيه وكسائر ما كلفوا من الصلوة والصيام والحج وافتقار نكاحهم الى الولي والشهود
والمهر وغير ذلك او لا يصح منهم بتة كالتمليك والاقرار بما في ايديهم والنكاح بغير اذن الولي
والولاية في النكاح والولاية العامة فلما كانت الاصول على ما وصفناه وجب ان يكون حكمهم
في عدد النكاح مثل حكم الاحرار وايضا فلا خلاف بيننا وبين ابي حنيفة ان الاماء كالحرائر في الجمع بين الاختين
كالاحرار والعلة انه العدد المعتبر في النكاح فوجب ان يستوي مع الرق والحرية علينا ابا
حنيفة بقوله يجوز للعبد ان يطلق ثلثا اذا كان تحته حرة فوجب ان يجوز له ان ينكح اربعا والعلة
انه يطلق ثلثا دليله الحر ودليلنا انه يطلق ثلثا سواء كانت تحته حرة او امة لقوله تعالى الطلاق
مرتان الاية فدل سبحانه بذلك على ان الطلاق ثلث تطليقات ولم يخص ان يكون الموقع
لها حرا او عبدا فوجب بعمومه ان يكون طلاق العبد ثلثا كطلاق الحر ويدل على ذلك ما
اخبرنا به ابو العباس الحسني رحمه الله قال نا الحسن بن علي بن عبد الحميد القطان حدثنا الحسين
بن علي بن محمد الطنافسي حدثنا ابراهيم بن موسى الفراء حدثنا ابو ثور وهشام يعني ابن يوسف
الصنعاني عن معمر عن يحيى بن ابي كثير عن عمرو بن معتب عن الحسن مولى بني نوفل قال سئل ابن عباس
عن عبد طلق امة تطليقتين ثم عتقا ايتزوجها بعد ذلك قال نعم فسئل عمن قال افتى بذلك رسول الله
صلى الله عليه واله وسلم فقد صرح بانها لا تحرم عليه بتطليقتين مع انها امة فثبت انه ان طلقها
ثلثا فان قيل فقد روي عن علي عليه السلام انه قال طلاق الامة تطليقتان وعدتها
حيضتان وروي مثله عن النبي صلى الله عليه واله وسلم قيل له يحتمل ان يكون قال ذلك في امة
بعينها قد طلقت مرة وانقضى من عدتها حيضة وما ذكرناه من القياس والترجيح وان العبد
ينكح اربعا يصح مثله فانه يطلق ثلثا فلا وجه لاعادته ويقال لابي حنيفة اذا كان العبد
يطلق الحرة ثلثا وجب ان يصح منه ان يطلق الامة ثلثا والمعنى انه ممن يصح طلاقه ويقال
لمالك اذا كان العبد مثل الحر في عدد النكاح وجب ان يكون مثله في عدد الطلاق والمعنى
انه عقد حكم مباح يختص البضع وقلنا ان عدة الامة مثل عدة الحرة ويحكى ذلك عن اصحاب
الظاهر لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء ولم يخص امة من حرة وقال
سبحانه والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا
ولم يفصل امة من حرة فاوجب عموم هاتين الايتين استواء حال الاماء والحرائر في العدة ويدل على
ذلك ما اخبرنا به ابو العباس الحسني رحمه الله قال نا ابو احمد الانماطي حدثنا اسحق بن ابراهيم الصنعاني

نا عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن ابن المسيب ان عليا عليه السلام قال في المطلقة
تحل لزوجها الرجعة عليها حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وتحل لها الصلوة وهذا في الحرة
والامة وقد بينا تاويل ما روي عنه عليه السلام من قوله وعدتها حيضتان ولا عرض في الاعتدا
فان قيل كيف تسوغ لكم التاويل ومن مذهبكم بناء العام على الخاص قيل له
حتى توجب ذلك اذا كان يودي الى اسقاط الخاص فاما اذا امكن فيه التاويل
فلا يجب ذلك فيه ويدل على القياس على ذلك لانها معتدة كالحرة فوجب ان تكون عدتها كعدة
الحرة وسائر ما مضى من طرق الترجيح في النكاح والطلاق ثابت في العدة فلا عرض
لاعادته ولانها اذا كانت حبلى فعدتها عدة الحرة بالاجماع فكذلك اذا لم تكن حبلى والعلة
انها معتدة

مسألة قال واذا كانت الامة تحت الزوج ثم اعتقت كان لها الخيار
ان شاءت فسخت نفسها وان شاءت اقامت معه سوى كان الزوج عبدا او حرا وهذا منصوص
عليه في الاحكام والمنتخب ونص عليه القسم عليه السلام في المنتخب مسائل النيروسي وهو قول ابي حنيفة
واصحابه قال الشافعي لها الخيار ان كان الزوج عبدا وان كان حرا فلا خيار لها
والاصل في ذلك ما اخبرنا به ابو بكر المقري حدثنا الطحاوي حدثنا ابو بشر الرقي حدثنا
ابو معاوية عن الاعمش عن ابرهيم عن الاسود عن عايشة قالت كان زوج بريرة حرا
فلما اعتقت خيرها رسول الله صلى الله عليه واله وسلم فاختارت نفسها فان قيل
فقد روي عن هشام عن عروة عن ابيه عن عايشة انها قالت كان زوج بريرة عبدا ولو كان
حرا لم يخيرها رسول الله صلى الله عليه واله وسلم قيل له اما كونه عبدا فلا اشكال فيه
وانما الخلاف في حاله وقت عتق زوجته بريرة وقد ثبت ان الحرية تطرو على الرق وان
الرق لا يطرو على الحرية في دار الاسلام فلما روي عنها انه كان حرا فلما اعتقت خيرها رسول الله
صلى الله عليه واله وسلم وروي انه كان عبدا وجب ان يكون قولها كان عبدا اخبارا عن
حالته التي كان عليها من قبل وانه كان حرا وقت عتق بريرة فاما ما روي ولو كان
حرا لم يخيرها رسول الله صلى الله عليه واله وسلم فلا دلالة على انه لفظ عايشة ويحتمل
ان يكون ذلك لفظ عروة او هشام او من دونهما فلا يصح التعويل عليه وعلى
هذا التاويل يحمل ما روي عن ابن عباس انه كان عبدا على ان من حكى عبوديته اذا اخبر
عنه انه صار حرا فهو اولى من خبر من حكى انه عبد لان من اخبر بعبوديته اخبر بظاهر
الحال ومن اخبر بحريته اخبر بامر طارئ على العبودية يكشف ذلك ان شاهدين لو شهدا
على هذا العبد كانت شهادة الحرية اولى فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه واله وسلم
انه قال لها بعد عتقها ان شئت تمكثين مع هذا العبد فسماه عبدا بعد عتق بريرة
قيل له يحتمل انه كان صلى الله عليه واله وسلم سماه عبدا بعد الحرية على معنى انه
كان عبدا كما قال صلى الله عليه واله وسلم لبلال [illegible] اذن مع طلوع الفجر

فقال ملكت بضعك فاختاري ح

عقد فاذا ان العقد تام وان كان بلا اجرا وذلك الوقت وكما روي عن علي عليه السلام انه قال الشرع
ما يقول بها العقد الاول وشرع كان حرا وانما كان الرق طارئا عليه والجاهلية
فسماه بذلك وعلى هذا انما ولقول الله تعالى واتوا اليتامى اموالهم وقوله صلى الله عليه
واله وسلم لسمية سامر على انه لو لم يثبت انه كان حرا وثبت انه كان عبدا لم يكن فيه
حجة لان قضى النبي صلى الله عليه واله وسلم في تخص قضاء في الجميع ولا يجب ان يعرف فيه
هو حر من عبد او عبد من حر بل لا يتصل المعنى فيه من ان يكون حرا او عبدا في وجوب
كون ذلك قضاء والاحتراز في العقد الا ان يمنع الدلالة من ذلك فاما ان الامر لو كان
على ما ذكروا لكان يجب ان يثبت الخيار لكل معتقة تحت زوج حر كان الزوج او عبدا
ويكشف ذلك ان ما روي ان رسول الله صلى الله عليه واله وسلم سها فسجد سجدتين كما
ان كل من سها في الصلوة حرا كان او عبدا وما روي ان ماعزا زنى فرجم كان يكون حكما
شاملا للجميع ولولا الدلالة كان يجب ان يستوي فيه حكم الحر والعبد فان قيل
لو كان الامر يستوي فيه بين ان يكون الزوج حرا او عبدا لم يكن للسائل انه كان عبدا فائدة قلنا
لا يمتنع ان يكون الراوي يروي كثيرا من الاحوال وان لم يكن لها تأثير في الحكم الا ترى انه روى
ان بريرة اعتقت وان زوجها كان عبدا مغيثا ولا تأثير لكون المعتقة حرة مسماة بريرة
ولا لكون زوجها مغيثا ويروى ان النبي صلى الله عليه واله وسلم مر بشاة لميمونة وهي
ميتة ولا يتغير الحكم بين ان تكون لميمونة او غيرها ولا بين ان تكون الميتة شاة او
غير شاة ونظائره اكثر من ان تحصى وروي ان زنجيا وقع في بئر زمزم ولا فرق بين ان
يكون الواقع زنجيا او روميا او عربيا او عجميا على انه لا يمتنع ان يكون الراوي اعتقد
ان يكون زوجها عبدا له تأثير فروى ذلك لاعتقاده فان قيل روي عن القسم عن
عائشة انها قالت كان عندي غلام لي حبشي وجارية لي فاردت ان اعتقهما فقال
النبي صلى الله عليه واله وسلم ابدأ بالرجل قبل المرأة وهذا يدل على انه صلى الله عليه
واله وسلم امرها بذلك لئلا يكون للمراة الخيار في فسخ النكاح اذ لا وجه له غير ذلك
ولو كان لها الخيار اذا اعتقت تحت الحر بطلت فائدة الخبر قلنا له واي غرض للنبي صلى الله
عليه واله وسلم في ان لا يحصل لتلك الصفة الخيار حتى يحمل قوله على ذلك فان قيل لانه لا فائدة
فيه متى لم يحمل عليه قلنا يحتمل ان تكون الفائدة في ذلك فضل الرجال على النساء لقوله تعالى
وللرجال عليهن درجة وكما روي في حديث القسامة انه حويصة ومحيصة لما تقدما الى
النبي صلى الله عليه واله وسلم قال الكبر الكبر فاراد تقديم الاكبر لما جعل للاكبر من الفضل
على الاصغر ومما يدل على ذلك انها ملكت بضعها وهي تحت زوج فوجب ان يحصل لها
الخيار في فسخ النكاح دليله لو كانت تحت عبد وهذه علة قوية يرجح على ما يعارضها لانها

علة منصوص عليها لما روي ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال لبريرة ملكت بضعك فاختاري
فجعل العلة الموجبة لاختيارها انها ملكت بضعها من غير ان يملك ما قابله من المهر
وهذه العلة موجودة اذا كانت تحت حر فوجب ان يحصل لها الخيار ويقوي ما قلناه انا
نراعي الامر المتجدد وهو العتق وبه تعلق الحكم وهو الحادث للحكم فوجب ان يكون
تعلق الحكم به اولى لانه يعتد شرعا فان قيل العلة فيها ان العبد ليس بكفو قيل له
هذا لا ينافي علتنا ونقول بالعلتين على ان الكفو يعتبر في حال العقد كان عدم الطول
الى الحرة عندنا وعند الشافعي شرطا في حال العقد على الامة فلم يجب ان يكون له معتبر
بعد ذلك **مسألة** قال القاسم عليه السلام فان مسها برضاها وقد علمت
ان لها الخيار بطل الخيار فان لم تعلم ان لها الخيار ثم علمت فهي على خيارها وهذا منصوص
عليه في مسائل النيروسي **ووجه** ما قلناه ان تمكينها له من الوطء رضى منها باستدامة
النكاح لان الوطء لا يجوز الا في النكاح فاذا مكنت من نفسها مع العلم بان لها الخيار فقد اظهرت
الرضى باستدامة النكاح فوجب الا يكون لها بعد ذلك الخيار وهذا مما لا خلاف فيه
وانما الخلاف في انقطاع خيارها فذهب بعض الناس الى ان ذلك على الفور وقد ثبت ان ذلك
ليس على الفور **لما اخبرنا به** ابو بكر المقري حدثنا الطحاوي حدثنا صالح بن عبد الرحمن
حدثنا سعيد بن منصور عن هشيم عن خالد عن عكرمة عن ابن عباس قال لما خيرت بريرة
رايت زوجها يتبعها في سكك المدينة ودموعه تسيل على لحيته فكلم له العباس النبي صلى الله
عليه وآله وسلم ان يطلبها له فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم زوجك
وابو ولدك فقالت اتامرني به يا رسول الله فقال انما انا شافع فقالت ان كنت شافعا
فلا حاجة لي فيه فاختارت نفسها فدل ذلك على المهلة في امر الخيار اذ لو لم يكن كذلك
لم يصح مخاطبتها بعد علمها بخيارها وبعد ان كان زوجها يتبعها في سكك المدينة واذا
ثبت المهلة فلا قول بعدها الا القول بان خيارها ثابت الا ان تمكن من نفسها
على ما نص عليه القاسم عليه السلام وروينا في بعض الاخبار عن عائشة انها قالت قال رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم انت املك بنفسك ما لم يمسك وقلنا انه ان مسها ولم تكن علمت
ان الخيار لها انها على خيارها لان التمكين انما يدل على خيارها لا سيما مع النكاح اذا علمت ان لها
الخيار فاذا لم تعلم ذلك لم يدل على انها قد اختارت المقام معه على انه لا خلاف انها لو لم
تعلم انها قد اعتقت فمكنت من نفسها ان خيارها لا يبطل فكذلك اذا علمت العتق ولم تعلم
ان لها الخيار والعلة انها لم تعلم بحصول الخيار عند التمكين فوجب ان لا يسقط ذلك حتى
يكشف ذلك ان خيارها يسقط اذا تركته مع التمكن من الاختيار ولا سبيل الى ذلك مع فقد
العلم بان لها الخيار **مسألة** قال ولا يصح نكاح العبد الا باذن مالكه ولا فصل بين
ان يرضى قبل العقد او بعده وهذا منصوص عليه في الاحكام اما ما ذكرناه من ان نكاح العبد لا يصح

الا باذن سيده فلا خلاف فيه وقد ذكرنا فيما مضى ما ورد فيه من الاخبار عن النبي صلى الله
عليه وآله وسلم وعن امير المؤمنين عليه السلام فلا غرض في اعادته وما قلناه من انه
لا فصل بين ان يرضى قبل العقد او بعده فلان الاصل فيه جواز النكاح الموقوف وقد
دللنا عليه فيما مضى وبينا ان الاجازة من بعد تلحقه وقد ذكرنا ما روى زيد بن علي عن ابيه
عليهما السلام في الرجل الذي رفع عبده اليه وقد تزوج بغير اذنه فجعل عليه
السلام لسيده فسخ نكاحه فقال للعبد طلق وامضى نكاحه اذ الامر بالطلاق يقتضي اجازة
النكاح فاغنى ذلك كله عن الاعادة مسألة قال واذا تزوج العبد
باذن سيده حرة او امة ولم يفرض لها مهرا ثم طلقها قبل الدخول فعلى سيده المتعة
لها وان كان فرض لها مهرا وجب لها نصف الصداق ولا يجوز نكاح الامة على الحرة ولا بأس
بنكاح الحرة على الامة اذا رضيت الحرة وجميعه منصوص عليه في الاحكام ووجه ما ذهبنا
اليه من ان المهر والمتعة يلزمان سيد العبد عنه اذا اذن له في التزويج ان التزويج من منافع
العبد فسبيله سبيل ان يأمره بشراء ثوب يلبسه او طعام يطعمه في انه يلزم السيد ما
لزمه منه بعلة انه جار مجرى الكفاية للعبد فاذا حصل العقد باذن سيده مع الحرة وجب
ان يلزم سيده ديله ما ذكرناه فان قيل هلا جعلتم ذلك في ذمته كما جعلتم دين المأذون له
في التجارة في رقبته قيل له الاذن في التجارة انما هو رفع للحجر عن العبد فيصير العبد به بمنزلة الحر
وان ما يلزمه لا يعدوه وليس كذلك حاله في النكاح لان الحجر لم يرتفع عنه وانما اذن له في تحصيل
كفاية لنفسه على ما بيناه فوجب ان يلزمه عوض ذلك على ان ابا حنيفة يقول انه ما يلزم العبد فيما كان
تعبد به مولاه قبل ثمن العبد من مال سيده فبان الاختلاف في القدر الذي يكون مثل ثمنه
انه يلزم سيده وكذلك ما زاد عليه والنفقة لانه مهر لزمه العقد باذن سيده والشافعي يذهب الى
انه ان كان مأذونا له في التجارة قضى المهر مما في يده وان لم يكن مأذونا ففي كسبه وكل ذلك مال
لسيده فيها شيء ما زاد على ذلك بالعلة التي ذكرناها فان قيل هلا قلتم انه يكون في ذمة العبد
يطالب به اذا عتق قيل له لان الذي يحصل في ذمة العبد هو الذي يرضى صاحبه بتركه الى ان يسعه
شيئا بغير اذن مولاه او نوجبه وليس كذلك من تزوجته باذن مولاه لانها لم ترض بكون الشيء
في ذمته ما يسعه وكذلك ان يباع من المأذون له شيء او يباع من المحجور عليه شيء بغير اذن مولاه
فان ذلك لا يكون رضا بكون الثمن في ذمة العبد فكذلك مهر التي يتزوج بها باذن سيده وانما
يجب ذلك لو كانت تزوجته بغير اذن سيده [illegible] ذلك جاز [illegible]
اذا كانت هذه يكون المهر دينا في ذمته يطالب به اذا عتق وما ذكرنا من ان الامة لا يجوز تزويجها
على الحرة وان الحرة تزوج على الامة مما لا احفظ فيه خلافا وقد رواه زيد بن علي عن ابيه عن جده
وذكر يحيى بن الحسين عليه السلام انه مروي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم واما ما ذكره يحيى
عليه السلام من رضى الحرة بذلك فليس هو شرطا في جواز العقد وانما يجب لها الخيار

ان لم

فإن لم تكن عرفته وليس يبعد عندي أن يكون ذلك قاله أصحابنا و[illegible]
من جعل ذلك موجبا للخيار لها إذا عرفته بعد العقد وهو الأظهر من كلام يحيى بن الحسين
عليه السلام لأن موضوع النكاح على رفع الغضاضة عن المرأة كذلك إذا تزوجت
من غير كفو بغير علمها ثم علمت ثبت لها الخيار وكذلك إذا غرت بعقد على أنه حر كان لها
الخيار وقد علمنا أنها لحقتها الغضاضة بمقاسمة الأمة فوجب أن يكون ذلك موجبا
لها الخيار لأنه نكاح تضمن الغضاضة للمنكوحة مسألة قال وإذا تزوج الحر أمة
بإذن سيدها فالأولاد مماليك لسيد الأمة إلا أن يشترط على سيدها أنهم أحرار فيكون لهم ما
شرط وهذا منصوص عليه في الأحكام ولا خلاف أن الحر إذا تزوج أمة من غير اشتراط
عتق الأولاد أن الأولاد مماليك وأن حكم الولد حكم الأم في باب الحرية والرق دون
حكم الأب لأنهم بعضها وجارون مجرى العضو منها قبل الانفصال منها فيحصل للولد
حكمها في ذلك فأما إذا اشترط سيد الأمة أنهم أحرار فعندنا أنهم أحرار وهو مذهب مالك
وأحد قولي الشافعي على ما سمعته من بعض أصحابه والأصل فيه قول الله تعالى أوفوا
بالعقود وقوله وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا وقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم
المؤمنون عند شروطهم ومما يدل على ذلك أنه جار مجرى قول الرجل لأمته ما ولدت من ولد
فهو حر في أنه يكون أولادها أحرارا فإن سلموا ذلك لم يكن لهم دفع ما ذهبنا إليه وإن أبوه
قيل لهم لا خلاف أن الرجل إذا قال لأمته وهي حامل ما تلدين فهو حر وكذلك إذا
قال وهي غير حامل والعلة فيه أنه قال ذلك في ملكه التي يصح عتقه منه فإن
قيل العلة في ذلك أن التحرير توجه إلى غير موجود قيل له هذا القدر لا يكون علة
لأنه ينتقض بملك الغير فإن كان ذلك مضافا إلى علتنا وجب فساده من طريقة إفساد
القياس وأيضا فالآثار أن قائلا لو قال علة الربا في الحنطة أنه مكيل مزاد مأكول لكان
يملك سدنا باب القياس فكذلك ما ذكروه فإن قيل فإن هذا النقض أصلكم لأنكم
تقولون لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل الملك وهذا هو عتق قبل الملك قيل له لا سوى
بين الذي قلناه ولهم التحرير مثل المملوك في حكمه لكون الأصل ملكا للمعتق وهي للأم ألا ترى أن
الصيد فيه لا يصح فيما لا يملك ثم لو ملك رجل نخلا صح أنه يعتقه ويتصدق في ثمره وإن لم تكن خرجت
لأن الثمرة تصير في حكم المملوكة لكون الأصل مملوكا وهو أحد ما يدل على ذلك أنه لا خلاف في المزوج
لأمة أنه يكون ولده منها حرا وكذلك ما اختلفنا فيه والعلة أن الزوج دخل في النكاح على
أن الأولاد أحرار وأنه دخل فيه على شرط ثبوت بعض أن أولاده من المنكوحة أحرار والسابق
بمثل هذه العلة وجب أن العقد إذا تزوج أمة على أنها حرة أن أولادها أحرار فإن قيل فما أنكرتم
على من قال لكون ذلك وجب في ولد المغرور لأنه لم يرض باسترقاق الأمة قيل له هل هذا البيع

ان يقال في مسئلتنا وهو انه لم يرض باستيلادها على وجه يجب ان يكون اولاده منها مماليك
فيجب ان يكونوا احرارا ويؤكد قياسنا انه ناقل عن الاصل لان الاصل في اولاد المماليك من عبد
شبيه هو ابوهم مماليك او ينقل الحريه لقوى من الرق لجواز طرو الحريه على الرق وامتناع طرو
الرق على الحريه في دار الاسلام ولا خلاف بيننا وبين ابي حنيفه في حر وعبد اذا وطيا
امه بشبهه وادعيا الولد ان دعوى الحر التي توجب حريه الولد اولى من دعوى العبد
التي توجب رق الولد فكل ذلك يوضح ما ذهبنا اليه ويقويه ومما يوضح ذلك ايضا ان رجلا
لو اقر بعبد لا يملكه انه حر فانه متى ملكه وجب الحكم بحريته فكذلك ما اختلفنا فيه لان
اشتراط مولى الامه انهم احرار يجري مجرى الاقرار في ولد واوجب ان يكونوا احرارا ويكشف
ذلك ايضا ما ذهب اليه اصحابنا واصحاب ابي حنيفه فيمن تزوج امراه على انها حره فوطيها فاولدها
فادعى العقد الولد ان الولد يكون حرا ولا بد نسبه لانه دعاه بمعنى الاقرار بحريته وكذلك الاشتراط
انهم احرار بمعنى الاقرار بذلك مسـألـه قال واذا تزوج العبد حره واولدها كان
الاولاد احرارا ولو تزوج العبد امه فاولدها فالولد لمولى الامه فان اشترط مولى العبد ان يكون
الولد بينهما كان الشرط باطلا جميع ذلك منصوص عليه في المنتخب نص فيه على انه يستحل الوفا
بالشرط الذي بين مولى العبد ومولى الامه وان كان الحكم لا يوجب جميع ما مضى وهذا الفصل
مما لا خلاف فيه اذ لا خلاف فيما بيناه ان حكم الولد حكم الام في الحريه والرق ما لم يعترض امر يقتضي
خلافه فوجب لذلك ان يكون ولد الحره من العبد حرا ووجب ايضا ان يكون ولد الامه لمولى الامه
دون مولى العبد لان حكمه اذا كان حكم الام في الرق والحريه وجب ان يكون تابعا وكالبعض منها
ولا خلاف ان اشتراط مولى العبد ومولى الامه باطل لان ذلك كان يشرط للاجنبي ولو اشرط
له لم يلزمه الوفا به كذلك اذا اشترط مولى العبد وقلنا انه لو وفاه يستحل لان الشروط الجائزه
بين المسلمين يستحل الوفا بها ما لم تود الى المأثم وكذلك هذا الشرط لقوله صلى الله عليه وآله
وسلم المومنون عند شروطهم مسـألـه قال واذا تزوج رجل امه ثم اشتراها قبل
الدخول بها فقد افسد الملك النكاح وليس فساده اياه طلاقا وللمشتري ان يطاها بالملك
وليس لسيدها الاول ان يطالب زوجها بنصف صداقها الذي شرط لها فان احب
الذي اشتراها ان يزوجها او يهبها او يبيعها كان له ذلك فان كان حين
تزوجها دخل بها ثم اشتراها فقد افسد الملك النكاح وله ان يطاها بالملك وللذي باعها
على المشتري الصداق كاملا وان اراد المشتري ان يزوجها او يبيعها لم يجز ذلك حتى يستبري بثلث
حيض جميع ذلك منصوص عليه في الاحكام قلنا ان من تزوج امه ثم اشتراها فقد افسد
الملك النكاح لانه لا خلاف ان النكاح وملك احد الزوجين صاحبه لا يجتمعان وان حصول
الملك يمنع النكاح وان ورود الملك على النكاح يفسده ولا فصل بين ان يملك احدهما جميع صاحبه
او شقصا منه فيما ذكرناه بعد ان يكون الملك ثابتا ولذلك قلنا ان الزوج اذا اشترى زوجته

فسد النكاح بينهما لانه يكون قد ملكها وقلنا ان فساد النكاح في ذلك لا يكون طلاقا لان الامور
المنافية للنكاح اذا عرض شيء منها فانفسد النكاح لم يكن طلاقا فالحق الردة والاسلام والرضاع
فكذلك الملك وقلنا ان للمشتري ان يطاها بالملك لانها صارت ملكا له وقد قال تعالى
او ما ملكت ايمانكم ولا خلاف فيه وقلنا انه ليس لصاحبها الاول ان يطالبه بنصف الصداق
ان كان اشتراها الزوج قبل الدخول بها لان مولاها لما باعها منه فقد تعلق فسخ النكاح به وصار
ما تعلق البضع ان يوطا بحق النكاح وجب ان يسقط المهر لان الفسخ متى تعلق بمن يستحق المهر كالتي
ترتد او ترضع زوجها في الحولين فان قيل ما انكرتم على من قال لكم ان الفسخ وان تعلق
بمولاها حين باعها فقد تعلق بالزوج ايضا فلا يجب ان يسقط المهر كالخلع يتعلق بالمراة ويتعلق
ولم يتعلق بالزوج لا يجب ان يسقط المهر به قيل له الخلع عندنا طلاق ولا يتعلق له بالمراة
وانما يتعلق بها طلب الفرقة والابراء مما يقع الخلع عليه والبدل لانه ليس مثل ذلك ليس بطلاق فلم
يتعلق بالمراة على وجه من الوجوه فلم يجب لذلك ان يكون مسقطا للمهر وان قيل ما انكرتم على
من قال لكم ان تعلقه بالزوج يوجب ان يسقط المهر وان كان الامر في الخلع على ما ذكرتم قيل له
قد علمنا ان فسخ نكاح المرتدة له بالزوج بعض التعلق لان الزوج لو لم يقم على الاسلام وارتد
معها لم يجب الفرقة فيكون له بالزوج بعض التعلق لكن تعلقه بالمراة يوجب سقوط المهر
فكذلك ما ذكرناه وقلنا ان للمشتري ان يهبها ان شاء ويزوجها او يبيعها لانه قد ملكها
فله ان يتصرف فيها جميع تصرف المالكين فيها وقلنا ان المشتري اذا كان دخل بها
قبل ان يشتريها استحق بايعها عليه المهر كاملا لان الدخول يستحق به كمال المهر فاذا
حصل ذلك وهي في ملك البايع استحق كمال المهر ولم يسقط ما يعرض بعده كما انه لو طلقها بعد ذلك
او ارتدا بهما كان او عرض اي وجه من وجوه الفسخ من قبله او قبلها لم يؤثر ذلك وقلنا
ان للمشتري ان اراد ان يزوجها او يبيعها لم يكن له ذلك حتى يستبري بثلث حيض لانها
معتدة عن نكاح وقد بينا فيما تقدم ان عدتها عدة الحرة سوا فلذلك منعنا تزويجها من غيره
حتى يعتد بثلث حيض واما البيع فيمنع منه كما يمنع البايع من بيع من كان يطاها من قبل
ان يستبرا فاذا كان استبرا هذه بثلث حيض كان استبرا الموطوءة ملكا لم يحتج معه
منعنا من بيعها قبل ثلاث حيض كما يمنع الموطوءة ملكا من بيعها قبل الحيضة الواحدة
مسالة قال واذا كانت الحرة تحت العبد فملكته او ملكت بعضه بطل النكاح فان
اعتقته كان لها ان تستانف نكاحا جديدا وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه
ما بيناه من انه لا خلاف في ان الملك يمنع النكاح ولا فصل بين ان تملك الرقبة كلها او بين ان تملك
شقصا منها فاذا ثبت ذلك صح ما قلناه من ان الحرة اذا ملكت زوجها او شقصا منه بطل النكاح
وقلنا ان لها ان تستانف النكاح اذا اعتقته لانه اذا صار حرا زال عنه ملكها فصح منه نكاحها
كما يصح نكاح غيرها * مسالة قال ولو ان مكاتبا كان تزوج امة قبل كتابته بامر سيده
ثم اشتراها في حال كتابته قبل العتق لم يبطل النكاح فاذا ادى جميع ما كوتب عليه فسد

النكاح وكان له ان يطأها بالملك وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه ان المكاتب
لا يستقر ملكه ما لم يعتق ولا يعتق الا باداء ما كوتب عليه لانه متى عجز عن اداء ما كوتب عليه
كان مردودا في الرق وقد علمنا ان الرق لا يبطل على الحربية في دار الاسلام فاذا لم يستقر
ملكه وكان موقوفا لم يبطل نكاحه لانه لا يملك نكاحه ملكا تاما وثبوت الملك هو المزيل
للنكاح فلهذا قلنا ان نكاحه لم يبطل وان له ان يطأها بالنكاح فاما اذا ادى ما كوتب عليه
فقد عتق بالاجماع واستقر ملكه لما في يده فصار مالكا لزوجته فوجب بطلان النكاح فاذا
بطل النكاح وحصل الملك جاز له ان يطأها بالملك مسألة قال ويجوز للرجل
ان يزوج مملوكته ومدبرته وان كرهتا وليس له ان يزوج مكاتبته الا برضاها ويكون المهر
للمكاتبة وكذلك القول في ام الولد اذا اعتقها جميع ذلك منصوص عليه في الاحكام قلنا ان للمولى
ان يكره مملوكته ومدبرته على النكاح لقول الله تعالى وانكحوا الايامى منكم الاية فجعل سبحانه
لنا انكاح عبيدنا واماءنا ولم يشترط رضاهم فوجب ان يكون ذلك جائزا ويدل على ذلك ان وطء
الامة يملكه مولاها فوجب ان يكون له ان يثبت حق الغير فيه من غير اعتبار رضاها كما له ان يثبت
حق الغير بسائر منافعها بالاجارة وغيرها والعلة انه منفعة يملكها مولاها منها من غير ان يكون
[illegible] ثابتا له فان قيل فالزوج ايضا يملك وطأها ومع ذلك ليس له ان يثبت فيه حقا للغير
قيل له الزوج ليس بمالك لوطئها وانما له فيه حق الاستباحة الا ترى انها لو وطئت بشبهة كان المهر لها دون
الزوج فاذا كان هذا كذا سقط هذا الاعتراض على انه لو كان مالكا لمنعها لم يلزم على علتنا لانا شرطنا
فيها ان لا يكون [illegible] ويدل على ذلك ان الامة لا تملك من نفسها عقد النكاح مع صحته فيها وجب ان يملكه
منها مولاها من غير اعتبار رضاها دليله سائر التصرف من البيع والاجارة والهبة ولو كره ذلك [illegible]
بالتدبير لم يملكه ملكه المولى منها واقرها لما يوجب لها الحكمة من نفسها لم يملكه عليها مولاها وما ذكرناه
من الاية والعلة الثانية تدلان على ان [illegible] يكرهه على التزويج وكلامه في الاحكام محتمل في جواز اكراه المولى
العبد على النكاح واتى العبارتين [illegible] وارد ذلك في المنصوص وهو الاصح وهو الصحيح عن ابي حنيفة على
ما حكاه عنه ابو الحسن الكرخي وابو بكر الجصاص وهو قول ابي يوسف ومحمد قال الشافعي ليس له ان يكره العبد على
النكاح وله ان يكره الامة على ذلك [illegible] الا ان الرجل لعلة الامة امكن ان يقاس العبد عليها والعلة انه شخص مملوك
يصح تزويجه فوجب ان لا يكون رضاه معتبرا واما المكاتبة فقلنا انه لا يزوجها الا برضاها لانها صارت كما
في يد نفسها في حكم المالكة لامرها ولم يبح تصرف المالك فيها كما لا يصح تصرفه فيها بالبيع وعقد الاجارة
والهبة ولم يحل ايضا وطؤها واذا كان ذلك كذلك وجب ان يكون مهرها لها اذا زوجها برضاها كما ان سائر
منافعها وكسبها يكون لها وقلنا ان ام الولد اذا اعتقها لم يزوجها الا برضاها ويكون المهر لها لانها قد
صارت حرة فلم يبق لسيدها الا حق الولاية اذا لم يكن ولي منه فوجب ان يكون حكمها حكم سائر
الحرائر مسألة قال ولا يجوز نكاح ام الولد الا بعد العتق وهذا ما دونه عليه
في الاحكام وصرح به في المنتخب وعامة الفقهاء ذهبوا الى ان له انكاحها ووجهه ان لها فراشا
ثابتا يوجب الحاق النسب وجب ان لا يجوز انكاحها الا بعد انقطاع الفراش وحكمه حكم [illegible]
المزوجة من الحرائر والاماء ويصح ذلك ان الموطوءة بالشبهة لما صارت فراشا لم يجز انكاحها

انقطاع حكم الفراش والموطوءة بالزنا لما لم يصر فراشا جاز نكاحها والحال من غير مراعاة
حال يتعلق بالوطء وكذلك الأمة الموطوءة بملك اليمين لما لم يصر بذلك الوطء فراشا
جاز نكاحها فإن قيل ما أنكرتم على من قال لكم إن العلة فيما ذكرتم أن المرأة لا يحل لها زوجان
قيل له هذا هو الحكم والعلة أنها لما صارت فراشا لواحد لم يجز أن تصير فراشا لآخر إلا
بعد انقطاع الفراش الأول وحكمه على أنا لو جعلنا الموطوءة بالشبهة أصلا لسقط
هذا الاعتراض لأنها ليست متزوجة ومع هذا لما ثبت فيها فراش لواحد لم يجز أن
ينكحها غيره إلا بعد انقطاع حكم ذلك الفراش وكذلك أم الولد معاد بها حكم الرق
حكم الرق وحكم العتق وقد ثبت أن حكم العتق أولى لاشتماله على أحكام الحظر في الشرع لأن العتق
يزيل حكم الرق والرق لا يزيل العتق في دار الإسلام فإذا ثبت ذلك وكان نكاحها قبل
استكمال الحرية نكاحا من غير اعتبار رضاها ونكاحها بعد العتق لا بد إلا برضاها
وكان نكاح الحرائر البالغات لا يكون إلا برضا منهن وجب أن يكون النكاح الذي هو للحرائر
أقوى فكان القول به أولى وأيضا أصل المخالف هو الأمة وكون الأمة أمة لا يخص جواز
نكاحها لأن الحرة في ذلك كالأمة وأصلنا هي التي تكون قد صارت فراشا وهي تختص بالمنع
من نكاحها فصار أصلنا بفرعنا أخص من أصلهم بفرعهم فوجب أن يكون قياسنا أولى
ومما يدل على ذلك أيضا أن أم الولد لا يجوز بيعها على وجه من الوجوه فوجب ألا يجوز نكاحها
إلا برضاها دليله الحرة البالغة وإذا ثبت أنه لا يجوز نكاحها إلا برضاها فلا قول بعده إلا قول
من يقول إنه لا يجوز نكاحها إلا بعد العتق **مسألة** قال وإذا تزوج الرجل أمة
كانت نفقتها على من شرطت عليه فإن لم يكن شرطت كانت النفقة على الزوج إذا
خلوا بينه وبينها ولم يبتلوا بها أن يمنعوها من زوجها ومن المبيت عنده ولهم أن يخرجوها
من بلدهم إلى غيره وكذلك لهم أن يسفروا بها فإن أولدها كانت نفقة الأولاد على مولى
الأمة إلا أن يكون اشترطت على أبيهم فإن كانت اشترطت على أبيهم لزمته وهذا جميعه منصوص
عليه في المنتخب ونص في الأحكام على نفقة الأمة إذا تزوج بها عبد أنها موقوفة على تسليمها إلى
الزوج فيجب أن يكون ذلك حكم الحر إذا تزوج بالأمة وهو الأصح ووجهه أن النفقة
يستحقها المرأة بالاستسلام وتسليمها نفسها إلى الزوج وليست كالمهر يستحقه بتسليم مرة واحدة
يدل على ذلك أنها إذا نشزت بعد التسليم سقطت نفقتها ولم يسقط مهرها فإذا كان هذا
هكذا فهي متى سلمت إلى الزوج بحيث يختاره لزمته نفقتها إن كان حرا أو سيده إن كان عبدا
على ما بيناه في المهر ومتى لم يسلم إلى الزوج وإنما خلى بينه وبين وطئها فقط فلا نفقة لها
على زوجها وهي على سيدها ووجه إجابته الشرط أن النفقة لما كانت باستدامة
التسليم وكانت استدامة التسليم غير واجبة إذ لا خلاف أن لهم أن يستخدموها ويمنعوها
ويسلموها من المشتري لم يحكم بوجوبها على الإطلاق ولما لم يحكم بوجوبها على الإطلاق ف

ولما لم يكن حق بها على الاطلاق راعى فيه الشرط ولم يجعل حكمها حكم الحرة كما
اشتراطه تسليمها فان لم يكن لهم في ذلك شرط روعي فيه استيفاؤهم التسليم وقلنا ان للمولى ان
يمنعها من زوجها ومن المبيت عنده لانه قد ثبت له حق وطيها فلا يؤمن ان يستوفي فيه
حقه وقلنا ان لهم ان يخرجوها من بلدهم الى غيره وكذلك لهم ان يبيعوها لان حقهم
واستخدامها ثابت كما كان ولهم مزية الملك لرقبتها فكان لهم نقلها الى بلد حاروه
ووجب على الزوج اتباعها لاستيفاء حقه ان اراد ذلك وقلنا ان لهم ان يبيعوها لان ملكهم
لها باق كما كان ولا خلاف فيه وقلنا ان اولادها لم يلزمه نفقة الاولاد لانهم مماليك لمولى
الام ولا حق له فيهم فلم تلزمه نفقتهم وقلنا الا ان يشرطوا لانهم لهم متى اشترطوا ذلك جرى
مجرى منفعة زائدة في المهر لا تفسدها الجهالة على ما بيناه في باب المهور مسألة
قال واذا تزوج العبد حرة فسوغه كان له ان يخرج زوجته ونفقتها على مولى العبد وكذلك ان
اشترى العبد كانت نفقتها على المشتري فان اولادها كانت نفقة الاولاد على الام وهذا منصوص
عليه في المختصر ووجهه ان الحرة اذا تزوجت وجب عليها تسليم نفسها على الاستدامة
الى الزوج ولا حق فيها لغيره وليس حكمها حكم الامة لانه ليس بها حقوق المولى لاستخدام
باق عليها فاذا كان ذلك كذلك كان للعبد ان يخرجها الى حيث يخرج كما يجب عليها ذلك لو كان
تحت حر فاما نفقتها فتجب على مولى العبد لان المولى لما اذن له في النكاح كان ذلك جاريا مجرى
الضمان للمهر والنفقة على ما سلف القول فيه وكذلك المشتري الثاني اذا اشتراه
ورضي بان يكون متزوجا كان ذلك جاريا مجرى الضمان لنفقتها كما انه ضامن للنفقة واما
نفقة الاولاد فانها تلزم الام دون الاب ما دام عبدا لان وجوبها لا يتعلق بعقد النكاح
فلا يجب ان يضمنها سيد العبد والعبد لا يلزمه حقوق الاموال ما لم يكن منه اتلاف او ما يجري
مجراه ولذلك لم يلزمه على ان نفقة الاولاد لا يلزم الاب الا لوجدان بدلا لانها اذا فاتت لم يطالبوا
بها واذا كان ذلك كذلك لم يصح ان يلزم العبد لان العبد لا يملك له ۞

باب القول في معاشرة الازواج

اذا تزوج الرجل بكرا اقام عندها سبعة ايام ثم يكون ثلثا ليها وان تزوج ثيبا
اقام عندها ثلاثة ايام وهذا منصوص عليه في الاحكام وهو قول الشافعي قال ابو جعفر
ان فضل الحرة مهر بذلك اقام مثله عند كل واحدة من نسائه والاصل فيه ما اخبرنا ابو بكر
المزي حدثنا الطحاوي حدثنا ابن مرزوق حدثنا ابو داود حدثنا شعبة عن خالد
الحذاء سمعت ابا قلابة يحدث عن انس قال من السنة اذا تزوج بكرا اقام عندها
سبعا واذا تزوجها ثيبا اقام عندها ثلاثا وبالمزي حدثنا الطحاوي حدثنا صالح
حدثنا هاشم بن احمد حدثنا انس ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لما اصاب
صفية بنت حيي واخذها اقام عندها ثلاثا وبالمزي حدثنا الطحاوي حدثنا انس

بلغ مقابلة

نا سفيان عن عبد الله بن ابي بكر عن عبد الملك ابن ابي بكر بن عبد الرحمن عن ابيه ان
رسول الله صلى الله عليه واله وسلم قال لام سلمة ليس بك على اهلك هوان ان شئت سبعت
لك وان سبعت لك سبعت لسائر نسائي وان شئت ثلثت ثم ادور وفي بعض الاخبار ان
شئت سبعت وسبعت عندهن وان شئت ثلثت ثم درت فقد دلت هذه الاخبار كلها
على صحة ما ذهبنا اليه وصرحت به لان انسا قال من السنة اذا تزوج الرجل البكر اقام عندها
سبعا واذا تزوج الثيب اقام عندها ثلاثا فدل ذلك على ان السبع حق للبكر وان الثلث حق
للثيب ولم يذكر القضا وكذلك قوله صلى الله عليه واله وسلم ان شئت سبعت لك و
ثلثت ثم ادور مع قوله ان شئت سبعت وسبعت عندهن فيه دليل على ان الثلث حق لها لانه
ذكر القضا مع السبع وذكر الدور مع الثلث ففصل بين الامرين **فان قيل** يحتمل ان يكون المراد
بقوله للبكر سبع وللثيب ثلاث مع القضا قيل له هذا لا يصح لان المراد به لو كان مع القضا
لم يكن لتخصيص البكر بالسبع والثيب بالثلث فائدة لان من يقول بالقضا لا يذهب الى تخصيصهما بذلك
يقول له ان يخص كل واحدة منهما بما يخص مع القضا وكذلك مقامه صلى الله عليه واله وسلم
عند صفية بنت حيي ثلثا يدل على ان ذلك حق لها ولم يرد القضا فثبت الحق ولم يثبت القضا
فان قيل لو كانت الثلث حقا للثيب لم يقل لام سلمة ان شئت سبعت لك وسبعت عندهن بل كان صلى الله
عليه واله وسلم يقول ان شئت سبعت لك وزدت لهن ادا السبع على ما هو حق لها قلنا له لا يمتنع ان يكون لها
حقان على سبيل التخيير ثلاث على الاختصاص او سبع مع القضا ويكون مزية حظها انها المبدأة
بالسبع على ان قوله صلى الله عليه واله وسلم ان شئت سبعت لك وسبعت لهن وان شئت ثلثت ثم
درت يدل على ان الثلث لها لانه صلى الله عليه واله وسلم فصل بين السبع والثلث ويبين ان
الثلث لا يوجب التثليث لغيرها **فان قيل** فقد قال الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النسا
ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فنبه على وجوب التسوية بينهن ما امكن **وروي** عن النبي صلى الله عليه واله
وسلم انه قال من كان له امراتان فمال الى احداهما دون الاخرى جا يوم القيمة وشقه مائل
قيل له هذا انما يكون ظلما او حيفا دون ما يكون حقا للواحدة منهن وحقا للزوج الا ترى
انه لا خلاف في ان للرجل ان يسافر بمن شا منهن وان يخص بالوطء من شا منهن وان قسم الامة
ناقص عن قسم الحرة فاذا اشبه ذلك ورد بالاخبار التي ذكرناها ان السبع حق للبكر وان الثلث
حق للثيب وجب ان يكون الاخبار مخصصة لما تعلقوا به من الاية والخبر فان قيل لما
كانت مساوية لهن في النفقة وبعد هذه القسمة في القسم وجبت ان تكون مساوية لهن في اول
القسم والعلة انه من حقوق النسا قيل له هذه العلة منتقضة بالاماء لانهن يساوين الحراير
في النفقة ولا يساوين في القسمة وايضا يجب ان يساوي بينهن في الحضر بعد ذلك ولا يجب ذلك
في السفر اذ له المسافرة بواحدة منهن وان صح لهم علة امكن ان نعارضهم بان نقول هما
امراتان يختلفان في الحد فوجب ان تكونا مختلفتين في القسم دليله الامة والحرة

ويعدم

ثم يقوى قياسنا باستناده الى النصوص التي تعرضت وبانه يعلل حكما شرعيا مسألة

قال ويجب على الرجل ان يسوي بين نسائه في لياليه وايامه وهذا منصوص عليه في الاحكام وذكر ابو العباس الحسني رحمه الله تعالى ان كلام القسم عليهم في مسائل في جميعها يدل على تفضيل الحراير على الاماء اذا كن زوجات في القسم والاصل فيما ذكرناه قول الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فنبه على التسوية وروي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه كان يعدل بين نسائه في القسم ثم يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تواخذني بما تملك ولا املك يعني ميل القلب وروي عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال يكون للحرة على الامة وللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث وروي عن علي عليه السلام نحو ذلك مسألة قال ولو ان امرأة وهبت لزوجها لياليها او بعض نسائه بها جاز ذلك ولها ان ترجع فيما وهبت وهذا منصوص عليه في الاحكام والدليل على ذلك قول الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا وروي انها نزلت في مثل ذلك واحتج يحيى بن الحسين عليهما السلام بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه اراد ان يطلق سودة بنت زمعة فسألته ان لا يفارقها وهبت يومها لعائشة وبدل على ذلك ان القسم حق لها لا يتعلق بغيرها على وجه من الوجوه فصح فيه التصرف الى غيرها وقلنا ان لها الرجوع فيما وهبت لان ذلك هبة المنافع وهو جار مجرى العارية فوجب ان يصح الرجوع فيه مسألة قال ولا بأس بالعزل عن الحرة اذا لم يضارها قال وقال القسم عليهم السلام الا ان يكون بينهما مناكرة قال ولا بأس بالعزل عن الامة وان نكرت لما ذكرناه اولا منصوص عليه في الاحكام وما حكيناه عن القسم عليه مروي عنه فيه وتحصيل ذلك ان العزل عن الحرة يجوز اذا لم يحصل ارتفاع المضارة والمناكرة ووجهه ما روي عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وروى ذلك ابو بكر الجصاص باسناده في شرح المختصر رفعه الى ابي هريرة واخبرنا ابو بكر المقري حدثنا الطحاوي حدثنا احمد بن داود حدثنا ابو بكر بن ابي شيبة حدثنا محمد بن عبد الرحمن المرادي عن ابيه عن ابي الزبير عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذن في العزل فوجب ان يكون هذا الخبر محمولا على الامة لدلالة الخبر الاول وايضا اخبرنا المقري حدثنا الطحاوي حدثنا ربيع المودن حدثنا اسد حدثنا محمد بن حازم عن الاعمش عن سالم بن ابي الجعد عن جابر قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

رجل

رجل من الانصار فقال يا رسول الله ان لي جارية تسعى علي ناضح وانا اصيب منها واعزل
عنها فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نعم فاذن له رسول الله صلى الله عليه
وآله وسلم في ذلك في الجارية ولم يشترط اذنها وايضاً فالحرة لها حق في الولد وليس للزوج
ان يمنعها التوصل الى حقها الا باذنها والامة وان كان لها حق ايضاً في ولدها فان
مولاها هو المستوفي لحقوقها ولم يجز ان يكون لرضاها معتبر **مسألة** قال
وللرجل ان يدخل باهله اذا اطاقت الجماع ومعرفة ذلك الى النساء ولا يعتبر فيه بالسن وهذا
منصوص عليه في المنتخب **والاصل** فيه قول الله سبحانه نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم
انى شئتم وقوله تعالى فالآن باشروهن فاباح وطئهن ولم يشترط لهن سناً دون سن فوجب
ان يجوز ذلك في جميع الاحوال الا الاحوال التي خصتها الدلالة **فان قيل** فقد روي عن النبي صلى الله
عليه وآله وسلم انه دخل بعائشة ولها تسع سنين فهلا جعلتموه حداً قيل له ليس في الخبر
ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل ذلك حداً للتي لم يدخل بها قبلها وانما يدل هذا على ان التي لها
تسع سنين قد يجوز الدخول بها وهذا مما لا نأباه وايضاً الوطء حق للزوج فيجب ان يجوز استيفاؤه
متى امكن دليله لو كانت الزوجة بالغة وايضاً لو صلحت المرأة للجماع فلا مانع من استيفاء الرجل
حقه من وطئها فيجب ان يكون ذلك جائزاً كسائر الحقوق التي لا مانع من استيفائها وقلنا
ان معرفة ذلك الى النساء لانه لا اشكال انهن اعرف بهذه الحال من غيرهن **مسألة**
قال ويحرم على الرجال اتيان النساء في ادبارهن **وهذا** منصوص عليه في الاحكام وهو قول
عامة الفقهاء من اهل البيت عليهم السلام وغيرهم وذهبت الامامية الى اباحته ذلك وحكي مثله
عن مالك **والاصل** فيه قول الله تعالى فاذا تطهرن فأتوهن من حيث امركم الله فخصص ولا
قول مع التخصيص الا ما قلناه **واخبرنا** ابو بكر المقري حدثنا الطحاوي حدثنا الطحاوي
حدثنا عبد الرحمن بن الجارود حدثنا سعيد حدثني الليث بن سعد حدثني عبيد الله بن عبد الله
بن الحصين الانصاري عن هرمي بن عبد الله بن حصين الواقفي عن خزيمة بن ثابت عن النبي صلى الله
عليه وآله وسلم لا تأتوا النساء في ادبارهن **واخبرنا** المقري حدثنا الطحاوي حدثنا
سليمان بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال هي اللوطية الصغرى
يعني وطء النساء في ادبارهن وانا ابو بكر المقري حدثنا الطحاوي حدثنا فهد حدثنا ابو نعيم
حدثنا حماد بن سلمة عن حكيم الاثرم عن ابي تميمة وهو الهجيمي عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه
وآله وسلم قال من اتى حائضاً او امرأة في دبرها فقد كفر بما انزل على محمد وانا ابو
بكر حدثنا الطحاوي حدثنا ابن ابي داود حدثنا عبد الله بن يوسف حدثنا اسماعيل بن عياش
عن سهيل بن ابي صالح عن محمد بن المنكدر عن جابر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم
قال ان الله لا يستحي من الحق لا تأتوا النساء في محاشهن فهذه نصوص قد صرحت
بما ذهبنا اليه والاخبار في هذا كثيرة اقتصرنا على ما ذكرناه كراهية للاطالة.

الواقفي بما فكسور ثم فا ثم [illegible]

في الطحاوي عن سليمان بن شعيب قال حدثنا الخصيب بن ناصح قال حدثنا همام عن قتادة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده [illegible]

لعله ساقط

فإن قيل فقد قال الله تعالى نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم والحرث
هو موضع الزرع ولا يطلب الزرع إلا في القبل على أنه قد ورد في ذلك ما يشهد على المراد
وهو ما أخبرناه أبو بكر المقري حدثنا الطحاوي حدثنا يونس نا ابن وهب نا ابن جريج أن
محمد بن المنكدر حدثه عن جابر بن عبد الله قال إن اليهود قالوا للمسلمين من أتى
امرأته وهي مدبرة جاء ولده أحول فأنزل الله تعالى نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم
أنى شئتم الآية فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مقبلة ومدبرة ما كان
في الفرج وأخبرنا المقري حدثنا الطحاوي حدثنا ربيع الجيزي حدثنا الأسود نا ابن
لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب عن عامر بن يحيى المعافري حدثه عن حنش بن عبد الله السبائي [?]
حدثه أنه سمع ابن عباس يقول إن ناسا من حمير أتوا إلى رسول الله صلى الله عليه وآله
وسلم يسألونه عن النساء فأنزل الله تعالى نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم مقبلة
ومدبرة إذا كان في الفرج فبان بما ذكرناه من الأخبار صحة ما قلناه وقد روي مثل
قولنا عن كثير من الصحابة ولم يرو خلافه عن أحد منهم إلا عن ابن عمر وقد اختلفت الرواية عنه في ذلك
وادعي الغلط على نافع في رواية ذلك عن ابن عمر فكأنه لم يرو عنه شيء وثبت مثل قولنا عن غيره
فجرى مجرى الإجماع ولم يجز القول بخلافه **مسألة** قال القسم عليه السلام لا بأس
لكل واحد من الزوجين أن ينظر إلى فرج صاحبه قال ولا بأس للرجل أن يأتي المرأة في فرجها
مقبلة ومدبرة ما حكيناه أولا عن القسم عليه السلام منصوص عليه في مسائل عبد الله بن الحسن
وما حكيناه عنه ثانيا منصوص عليه في مسائل البردسي عنه **ووجه** ما قلنا من أنه لا بأس لكل
واحد من الزوجين أن ينظر إلى فرج صاحبه أنه ضرب من المباشرة والإفضاء قال الله تعالى فالآن
باشروهن وقال كيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ولأنه أحد الاستمتاع فإذا
أبيح له الأعلى فالأدنى أولى بذلك وقلنا إن للرجل أن يأتي أهله مقبلا ومدبرا في الفرج لما قدمنا
من الأخبار في هذا الباب وأخبرنا أيضا بذلك أبو الحسين البروجردي حدثنا أبو القسم
البغوي حدثنا علي بن جعد حدثنا شعبة عن محمد بن المنكدر سمعت جابر بن عبد الله يقول قالت
اليهود إذا أتى الرجل أهله باركة كان ولده أحول فأنزل الله تعالى نساؤكم حرث لكم
فأتوا حرثكم أنى شئتم ولأنه أيضا من المباشرة والإفضاء على ما قلناه قبل هذا **مسألة**
قال ويكره للرجل والمرأة ألا يكون عليهما عند الجماع ما يسترهما من ثوب وغيره وكذلك
يكره أن يجامع الرجل أهله وفي البيت غيرهما قال القسم عليه السلام إلا أن يكون ذلك عند
الضرورة فلا بأس إذا لم ينظر إليهما أحد وأمرهما [?] ما ذكرناه أولا منصوص عليه
في الأحكام وفي مسائل النيروسي [?] وأما التكشف فيكره في جميع الأحوال إلا لضرورة وهذا إذا لم

فأما

بيّنه فاما اذا اراد اخذ من الماء الذي غير محرم منه فانه حرام الا من ضرورة قال صلى الله
عليه وآله وسلم بعثت الى مشركوا نا عريان فكان ذلك عند الجماع اولى وما ذكرناه من انه يكره
ان يجامع اهله وفي البيت غيرهما لا خلاف فيه قال يحيى عليه السلام وبلغنا ان رسول الله
صلى الله عليه وآله نهى ان يجامع الرجل اهله وعنده احد حتى الصبي في المهد ووجه ما ذكرناه
عن القسم عليه السلام هو ان احوال الضرورات مستثناة من الكراهات في سائر المواضع فكذلك
في هذا الموضع **مسألة** قال وعلى الرجل اذا كانت له زوجة ولها ولد من غيره
فمات ان يقف عن مجامعتها حتى يعلم انها حبلى ام لا هذا اذا لم يكن للميت من يحجب الاخوة
من الام وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه انه اذا مات ولدها متى كان في بطنها
ولد ورثه وان حصل العلوق بعد موته لم يرث فقلنا انه يقف عن مجامعتها لئلا يقع
الالتباس في ذلك وينكشف الامر ويتبين الوارث ممن ليس بوارث هذا اذا لم يكن للميت
ولا اب ولا ولد ولا ولد ولد فاما اذا كان احدهم حيا فلا يجب التوقف لان الاخ من الام
لا يرث مع هؤلاء استوا كان في بطن ام الميت ولد او حصل الولد بعد موته فهو سوا فلا غرض
في التوقف قال يحيى عليه وبلغنا عن امير المؤمنين وعن الحسن بن علي عليهم السلام
انهما امرا بالتوقف اذا كان الحال ما ذكرناه **مسألة** قال واقل الحمل ستة اشهر واكثره
اربع سنين ما ذكرناه من ان اقل الحمل ستة اشهر منصوص عليه في الاحكام والمنتخب جميعا وما ذكرناه
من ان اكثره اربع سنين منصوص عليه في المنتخب اما ما ذكرناه من ان اقل الحمل ستة اشهر فما
احفظ فيه خلافا من العلماء وورد فيه ما اخبرنا به ابو الحسين بن اسمعيل حدثنا الناصر حدثنا
الحسين بن يحيى بن زيد حدثنا ابرهيم بن محمد بن ميمون عن محمد بن فضيل عن الاشعث عن ابيه
عن رجل عن عمر انه اتي بامراة قد تزوجت ووضعت حملها في ستة اشهر فهم بها ثم قال ادعوا لي عليا
فقال ما ترى في هذه المراة قال ما شاء فيها فاخبره قال ان لها في كتاب الله عذرا ثم قرا وحمله وفصاله
ثلثون شهرا فكان عمر لم يقربها فاما اكثر الحمل فقد اختلف فيه فذهب ابو حنيفة الى انه سنتان
وقال الشافعي فيه مثل قولنا والدليل على ذلك قول الله تعالى يعلم ما تحمل كل انثى وما تغيض
الارحام وما تزداد فاخبر سبحانه ان الارحام تغيض وتزداد ولم يقصر الزيادة والنقصان على
وقت فالاوقات فيها على سواء الا ما منع منه الدليل ولا دليل على وقت بعد ان امتداد الحمل الى
ما بعد اربع سنين فيجب ان يكون اقصاه اربع سنين فان قيل اذا كان طريق اثبات اكثر الحمل التوقيف
والاتفاق ولا توقيف ولا اتفاق على الاربع سنين فيجب ان لا يكون ذلك اقصى الحمل قيل له ان التوقيف والاتفاق
يحتاج اليهما لقطع الجواز اذا كان الجواز ثابتا في العقول وكذلك لا دلالة ولا اتفاق على قطع الجواز الا بعد
اربع سنين وجب ان يكون اكثر الحمل ما قلناه يشرح ذلك ان الدلالة قد دلت على ان الحمل في بطن امه
انما يكون باختيار القديم تعالى دون ايجاب الطبيعة فاذا ثبت ذلك جاز ان يكون

لبث في بطن الام سنتين واربع سنين وعشرين سنة واقل واكثر ولبث بعض الناس في ذلك
ما ادى من بعض فلو خلينا وما في العقل لجوزنا ان يزداد امر الحمل على اربع سنين الا انه لا سماع فيه
منه يوجب ان يكون ما دونه على الجواز وكذا القول في اقل الحمل لانا لو خلينا وما في العقل
لجوزنا ان يكون اقل الحمل ساعة ما او نحوها وقد روي ان عيسى عليه السلام لبث في بطن امه ثلاث
ساعات لكنها حصل الاتفاق على منع جواز الولادة في اقل من ستة اشهر قلنا به وكذلك الكثرة
فان قيل لم انكرتم على من قال لكم ان العلم الحاصل بالعادة اصل يعمل به ويرجع اليه وقد علمنا من
طريق العادة ان الحمل لا يبقى اربع سنين قيل له سبيل اربع سنين من طريق العادة هو سبيل السنتين
وانما العادة المشهورة في هذا الباب تسعة اشهر حتى ان كثيرا من الاطباء لا يجوزون بقاء الجنين
في بطن امه اكثر من تسعة اشهر واذا صار هذا هكذا صار حكم الاربع السنين وحكم سنتين
في ذلك سوا فان قيل لم انكرتم على من قال لكم ان العادة اذا جرت بان مدة الحمل يجب ان تكون
تسعة اشهر فلا سبيل الى اثبات الزيادة عليها الا سمعا ولا سماع الا على سنتين يجب ان تكون
ذلك اكثر الزيادة قيل له ان اردت بالعادة ما تكون مستمرة حتى يكون نقضها جاريا مجرى الاعجاز
فان الزيادة لا تجوز عليها الا في زمان الانبياء عليهم السلام ويكون سبيلها فيه كالاقل
والاكثر في انه لا يجوز وان اردت ان العادة التي لا تكون استمرارها هذا الاستمرار
وانما يكون الاشهر الاكثر وان الزيادة عليها جائزة وقليل الزيادة كاكثرها حتى يمنع
منها الدليل كما بينا في اول الكلام وقد روي ان محمد بن الحسن عليهم السلام لبث في بطن
امه اربع سنين وروي ان منظور بن زبان جد الحسن بن الحسن ابو امه ولد لاربع
سنين حتى قيل فيه . وما جئت حتى ايس الناس ان تجئ وسميت منظورا وجئت على قدر .

مسألة قال ويجب للمرأة على الرجل ان يكفيها الامور الخارجة عن المنزل ويجب
للرجل عليها ان تكفيه خدمة المنزل وهذا منصوص عليه في الاحكام قال يحيى بن الحسين
عليه السلام بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه واله وسلم قضى على فاطمة عليها السلام
بخدمة البيت وقضى على علي عليه السلام باصلاح ما كان خارجا والقيام به ويبين ذلك المواساة
والتعاون على الخير ولا خلاف ان الرجل يلزمه ايصال النفقة والكسوة اليها في المنزل
وروي في المرأة ما اخبرنا به ابو سعد الماهري حدثنا محمد بن علي الصدفي نا يونس قال
نا انس بن عياض عن سعد بن اسحق عن محمد بن كعب القرظي عن النبي صلى الله عليه واله وسلم
ان امرأة قالت اني افعل لزوجي كذا وكذا وافعل به وذكرت حسن صنعها
اليه فقال صلى الله عليه واله وسلم لو سال من منخره الدم والقيح ثم لحسته ما
اديت حقه قال القرظي وقال صلى الله عليه واله وسلم كم من صنع بزوجك
فذكرت له اشيا حسنة فقال صلى الله عليه واله وسلم انما هو جنتك ونارك وروي

م ليس العادة / العادة موصى بان النسا يضعن لتسع ... يضعن في اربع سنين صح

عنه

اصبت

عنه صلى الله عليه وآله وسلم لو امرت احدا ان يسجد لاحد لامرت المرأة ان تسجد لزوجها

مسـألة قال ولا بأس للرجل اذا اراد ان يتزوج امرأة ان ينظر الى وجهها نظره.
ووجهها ليس بعورة وهذا منصوص عليه في الاحكام والاصل في ذلك ما اخبرنا به
ابو بكر المقرئ ثنا الطحاوي وحدثنا ابن ابي داود وحدثنا سعيد بن سليمان عن زهير بن معاوية به
حدثنا عبد الله بن عيسى عن موسى بن عبد الله بن يزيد عن ابي حميد وقد كان رأى النبي صلى الله
عليه وآله وسلم قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا خطب احدكم امرأة
فلا جناح عليه ان ينظر اليها اذا كان انما ينظر اليها للخطبة وان كانت لا تعلم واخبرنا
ابو بكر المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا ابن ابي داود حدثنا الوهبي حدثنا ابن اسحق عن داود
بن الحصين عن واقد بن عمرو بن سعد بن معاذ عن جابر بن عبد الله انه قال قال رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم اذا خطب احدكم المرأة فقدر على ان يرى منها ما يعجبه فليفعل قال
فلقد خطبت امرأة من بني سلمة فكنت اتخبأ في اصول النخل حتى رأيت منها ما يعجبني فخطبتها
فان قيل فقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال لعلي عليه السلام يا علي لا تتبع
النظرة النظرة فانما لك الاولى وليست لك الثانية وروي ايضا انه صلى الله عليه وآله
وسلم سئل عن نظرة الفجأة اصرف بصرك فقد عارض هذا ما اعتمدتم قيل له خبرنا يخص
موضع الخلاف وهو مفسر فهو اولى وما ذكرتم من الحديث محمول على ان المراد اذا كان الناظر
لا يريد الخطبة واراد امرا محظورا على ان الوجه اذا لم يكن عورة جاز النظر اليه اذا لم يرد بالنظر
ما ذكرناه وكان مريدا للخطبة ٥ ويدل انه ليس بعورة انه لم يوجد على المرأة سترة الوجه
في الصلوة ولو كان الوجه عورة لوجب عليها ستره في الصلوة اذ لا خلاف في ستر العورة انه لم
~~يوجد على المرأة ستر الوجه في الصلوة ولو كان الوجه عورة لوجب عليها ستره في الصلوة اذا~~
خلاف انه ستر العورة واجب فيها عليها ويدل على ذلك ان المحرمة يلزمها كشف وجهها
فلو كان الوجه عورة لما جاز لها كشفه كما لا يجوز لها كشف سائر العورات فان قيل
فهل تقولون ان النظر الى الوجه من المرأة مباح على الاطلاق قيل له لا نقول ذلك وانما
يباح النظر اليها للتزوج او للشهادة عليها او لغير ذلك من الضرورات متى لم يقم النظر
ارادة المحظور ويجب على الانسان ان يتوقى الامور التي لا يامن معها الوقوع الى المأثم
وقد روي في تفسير قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها هو الوجه والكفان

مسـألة قال ويكره ضرب الدف وسائر الملاهي عند العرس وغيره ويستحب اظهار
النكاح واعداد الوليمة عليه وهذا منصوص عليه في الاحكام اما كراهتنا الدف وسائر
الملاهي فلقول الله تعالى ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله بغير علم
الآية وقد روي في التفسير ان المراد به الغناء ولانه من شعار الفاسقين وشعار اهل

الدين ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهيت عن صوتين أحمقين فاجرين
صوت عند النغمة لهو ولعب ومزامير شيطان وصوت عند المصيبة وقد ذكرنا الحديث بإسناده
في كتاب الجنائز فإن قيل روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه سمع صوت دف في
عرس لبعض الأنصار فلم ينكره وقال ما هذا فقالوا النكاح فقال صلى الله عليه وآله وسلم
أشيدوا بالنكاح قيل له يحتمل أن يكون ذلك على طريق الغناء والبطر بل إنه كان كالعلامة في النكاح
وقلنا أنه ينبغي الإظهار ليتحدث الناس به لقوله صلى الله عليه وآله وسلم أشيدوا بالنكاح
أو لما روي عنه صلى الله عليه وآله وسلم من النهي عن نكاح السر وروى أبو داود في السنن
عن أنس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال لعبد الرحمن بن عوف وقد تزوج أولم
ولو بشاة وروى عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
إذا دعي أحدكم إلى الوليمة فليأتها فإن كان مفطرا فليطعم وإن كان صائما فليدع

مسألة قال لا يجوز أن يخطب الرجل على خطبة أخيه بعد المراضاة فأما قبلها
فلا بأس به وهذا منصوص عليه في الأحكام ومروي فيه عن القسم عليه السلام والأصل
فيه ما أخبرنا به أبو بكر المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا إبراهيم بن أبي داود حدثنا مسدد حدثنا يحيى
بن سعيد عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لا يبيع
الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه وأخبرنا المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا علي
بن سعيد حدثنا عبيد بن بكر حدثنا هشام بن حسان عن محمد عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه
وآله وسلم أنه قال لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يسوم على سوم أخيه فكان
ذلك دالا على أنه لا يحل للرجل أن يخطب على خطبة أخيه على وجه من الوجوه ثم روي ما دل على أن
المراد به بعد المراضاة وذلك لما أخبرنا به أبو بكر المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا يونس أن ابن وهب
أن مالكا أخبره عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبي سلمة عن عبد الرحمن
بن عوف عن فاطمة بنت قيس قالت لما حللت أخبرت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحي أسامة
بن زيد قالت فكرهته ثم قال انكحي أسامة فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به
فلما خطبها صلى الله عليه وآله وسلم بعد خطبة معاوية وأبي جهم علمنا أن المكروه من ذلك
أن يخطب الرجل على خطبة أخيه بعد المراضاة بينها وبين الخاطب الأول فأما قبلها
فغير مكروه وروى أبو جعفر بإسناده ذكره للمصنف عن أنس أن النبي صلى الله عليه وآله
وسلم باع قدحا وحلسا فيمن يزيد فكان ذلك أيضا دالا على ما قلناه من أن المكروه من السوم
والخطبة ما يكون بعد تراضي المتساومين والمتخاطبين

باب القول في الأمة إذا اشترك الرجلان

في أمة لم يكن لواحد منهما وطؤها فإن وطئها أحدهما كان لصاحبه عليه نصف عقرها

وذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم صح

بلغ

٧٩

ولا حدّ عليه وهذا منصوص عليه في الاحكام لا خلاف فيما قلناه من ان الرجل اذا كان بينه
وبين آخر امة لم يكن لواحد منهم وطؤها لأن وطأه يقع في ملكه وملك غيره وملكه ولا يجوز وطء
ملك الغير لملكه بعضه لانه جارٍ مجرى اجتماع وجه الحظر ووجه الاباحة في الشيء في
وجوب حظره وقلنا ان احدهما ان وطئها كان لصاحبه عليه نصف عقرها ولا حدّ عليه لان
الشبهة الحاصلة في الوطء لملكه بعض الموطوءة اوجبت درء الحد عنه لقوله صلى الله عليه
وآله وسلم ادرؤوا الحدود بالشبهات واذا سقط الحد بعض الموطوءة وجب العقر لحال النبي
صلى الله عليه وآله وسلم المهر في النكاح الفاسد لقوله وان وطئها فلها المهر بما استحل
من فرجها نصف العقر لان صاحبها ملك منها نصفها. مسألة قال فان اولدها ضمن له
نصف قيمة الامة يوم حملت ونصف قيمة الولد يوم ولد فان كان شريكه هو الواطئ احتاج
ضمن له نصف قيمة الامة ونصف عقرها وسقط نصف قيمة الولد وكذا القول لو كان شريكه
اباه او جده او ابنه وكذا الامة تكون بين الشركاء ما ذكرناه من وجوب الضمان على الوجه الذي
ذكرناه وسقوطه حيث ذكرنا سقوطه منصوص عليه في الاحكام وقلنا ان الاب والجد
والابن فيه كالاجنبي اذا اقتضى ذلك قوله في الاحكام وكذلك التسوية بين الشركاء والشريكين
ووجه قولنا انه ان اولدها ضمن لصاحبه نصف قيمة الامة يوم حملت لانها لما حملت صار
نصيب الشريك منها مستهلكا لما كان من شريكه لانه لا يجوز للشريك بعد ذلك بيعها ولا
هبتها ولا سائر التصرف فيها جرى مجرى الاستهلاك كان من القتل وغيره فلذلك اذا وقع
بفعل احد الشريكين لزمه نصف قيمتها لشريكه واعتبرنا قيمتها يوم العلوق لانه وقت الاستهلاك
كما نقول ذلك في سائر المستهلكات واوجبنا نصف قيمة الولد يوم يولد كما اوجبنا على المغرور
قيمة ولده لسيد الامة وذلك مما لا خلاف فيه لان كل واحد منهما في ملك الغير بعد اذنه على
وجه الشبهة فوجب ان يلزم قيمة الولد لسيد الامة فان قيل ما انكرتم على من قال ان الواطئ
لما ضمن نصيب شريكه من الامة لم يجب ان يضمن الولد لان الولد يكون حاصلا في ملكه قيل له
ليس وجوب الضمان لا يملك المضمون حتى يضمنه برضاه او بحكم الحاكم يكشف ذلك ما روي ان
النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما قدم اليه حمل مشوي امتنع من اكله وسال عنه فعرف انه
اخذ لبعض الناس على ان يؤدوا اليه ثمنها فمنع صلى الله عليه وآله وسلم من اكله وامر
به فاطعم الاسرى فدل ذلك على ان وجوب الضمان لا يوجب الملك وايضا لا خلاف ان الغاصب
ضامن للمغصوب ومع ذلك فلا يحصل مالكا له واذا ثبت ذلك لم يجب ان يسقط عنه
ضمان نصف قيمة الولد فان قيل انتم تقولون للغاصب النماء والبيض اذا زرع الحب
وحضن البيض انه يصير مالكا لها وانه ليس مالكا لها لما ملكها من قبل غير مالكها فيها
فما انكرتم ان يكون ذلك سبيل المستهلك للامة بالاستيلاد قيل له لا نقول في الغاصب انه يملك

وان قلنا انه ليس للمعتق منه الا قيمته ما عتق حتى يؤدي القيمة برضاه او بحكم الحاكم فكذلك
الامة وقلنا انه يضمن نصف قيمة الولد يوم ولد لانه الوقت الذي حصل ولده مانعا للسيد
الامة منه مع كونه في حكم الملك فاشبه الغاصب وانه يضمن المغصوب يوم غصبه
لانه الوقت الذي يحصل فيه المنع من الغاصب للمغصوب وكذلك ما احتلنا فيه يوم ولد
ذلك الوقت الذي ينفرد المولود فيه بحكم نفسه فكان ذلك الوقت معتبرا في قيمته
وقلنا ان الشريك ان كان خالا لم يضمن له نصف قيمته لئلا يؤدي الى ان ... فقد دلت على ان من ملك
ذا رحم محرم عتق عليه على ما نبينه من بعد فاذا ثبت ذلك لم يكن ان يضمنه الواطي الولد
لما عتق على المالك للرحم الذي بينهما لم يحصل الواطي مانعا له من حقه فلم يلزمه ضمان قيمته
وقلنا ان حكم الشركا فيه حكم الشريكين لان الحقوق الثابتة بالشركة لا يفصل فيها بين ان يكون
للشريكين والشركا **مسألة** قال واذا كانت الامة بين الشريكين فجاءت بولد فادعى
الولد احدهما كان الولد للمدعي دون صاحبه وان ادعاه كل واحد منهما كان ابنهما يرثهما ويرثانه
وهو للباقي منهما وهذا منصوص عليه في الاحكام وهو قول ابي حنيفة قال الشافعي يعرض على القافة
والدليل على صحة ما ذهبنا اليه قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم الولد للفراش وقد علمنا
انها فراش لكل واحد منهما فوجب ان يكون الولد لهما **فان قيل** لم ادعيتم انها فراش
لكل واحد منهما قيل له لا خلاف بين المسلمين ان احدهما لو ادعى الولد دون صاحبه كان الولد
له وكانت الامة فراشا له فاذا ادعاه الآخر وجب ان تكون الامة فراشا لهما لمشاركته صاحبه
في جميع ما اوجب كونها فراشا له فاذا ثبت ذلك ثبت انها فراش لهما جميعا ووجب لحاق الولد
بهما **وورد** في ذلك ما اخبرنا به ابو بكر المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا روح بن الفرج حدثنا
يوسف بن عدي حدثنا ابو الاحوص عن سماك عن مولى لبني مخزوم قال وقع رجلان على
جارية في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من ايهما فاتيا عمر يختصمان في الولد فقال عمر
ما ادري كيف احكم فاتيا عليا عليه السلام فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي
منكما ٥ وبا ابو بكر المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا ابن مرزوق حدثنا وهب بن جرير حدثنا
شعبة عن توبة العنبري عن الشعبي عن ابن عمر ان رجلين اشتركا في طهر امرأة فولدت فدعا عمر له
القافة فقالوا اخذ الشبه منهما جميعا فجعله بينهما ٥ وبا المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا ابن
مرزوق حدثنا وهب حدثنا شعبة عن قتادة عن ابن المسيب عن عمر نحوه ٥ قال سعيد
ميراثه لآخرهما موتا فلما ثبت ذلك عن علي عليه السلام وعن عمر ولم يرو خلافه جرى مجرى الاجماع
من الصحابة ويدل على ذلك انا وجدناهما قد استويا في السبب الموجب للنسب واستحقاق
الارث دليله الاثنان لما اشتركا في السبب الموجب للنسب واستحقاق الارث ثبت نسبهما وسهم
النسب واستحقاق الارث وكذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في رجلين تداعيا
بعيرا فاقاما عليه البينة فقضى صلى الله عليه وآله وسلم به بينهما نصفين لما استويا في السبب الموجب
للاستحقاق وهو البينة مع الدعوى والاصول كلها تشهد لقياسنا لان كل من اشتركا

في الب

في السبب الموجب من غير مزية اشتركا في السبب الموجب كالشريكين في الربح والشريكين في
السعي والشريكين في الصيد وغير ذلك على انه لا قول في هذه المسألة الا ما قلناه او القول بالقافة
وقد دلت الدلالة على بطلان القول بالقافة فوجب ان يثبت صحة ما قلناه فان قيل
قد ابطلتم القول بالقافة قيل له لانه حكم لم يقتضه العقل والشرع فوجب ان يكون باطلا
فان قيل ما انكرتم على من قال ان الشرع قد ورد به وذلك ما رواه الزهري عن عروة
عن عائشة انها قالت دخل مجزز المدلجي على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فرأى
اسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من
بعض فدخل على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مسرورا تبرق اسارير وجهه
فبان ذلك ان قول القافة توجب ضربا من العلم ولولا ذلك لما كان لسرور رسول الله صلى الله عليه
وآله وسلم معنى ولا يجوز ان يسر باطلا ولا ينكره قيل له اما سرور رسول الله صلى الله عليه
وآله وسلم فلا يدل على انه جعل قوله حجة ويحكم به على وجه من الوجوه كيف وقد كان ثبت
اسامة ابن زيد قد ثبت قبل ذلك واذا كان هذا هكذا فلا حجة للقوم فيه ولا يلزمنا الخبر في
السبيل الذي له سر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على انه يحتمل سروره لما وافق ظن مجزز الصواب
والانسان قد يعجب من مثله ويبتسم حتى يظهر اثر السرور على وجهه على انه لا يمتنع ان يكون سرور النبي
صلى الله عليه وآله وسلم لامر سواه صادف تلك الحال على انه قد روي ان المنافقين كانوا يطعنون
في نسب اسامة لان اسامة كان اسود وكان زيد ابيض وكانوا يعتبرون صحة ما يقوله القافة فيجوز
ان يكون النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما سمع تكذيب المنافقين من الجهة التي يعتمدون ويحكمونها
وسر به فاما قولهم لا يجوز ان يكون النبي صلى الله عليه وآله وسلم يسر باطلا ولا ينكره فهو كذلك الا ان
قول مجزز ان هذه الاقدام بعضها من بعض لم يكن باطلا بل كان حقا فلم يكن انكاره النبي صلى الله
عليه وآله وسلم وان ما المنكر عندنا هو الحكم بقوله فلا تعلق لهم بهذا الخبر على وجه من الوجوه
فان قيل فقد قال الله تعالى وكذلك انزلناه حكما عربيا فقد ثبت انه لم يكن للعرب
حكم اختصوا به غير حكم القافة فثبت انه هو المراد قيل له ليس في الآية ما يدل على ما ذهبتم اليه
لانه قد قيل ان الكتابة كانت مما اختص به العرب فيجوز ان يكون هو المراد بالحكم البيان فكانه سبحانه
قال لسانا عربيا فان قيل فقد روي عن عمر انه رجع الى القافة قيل له الاخبار في ذلك قد اختلفت
فقد روي انه رجع اليه ثم الحق بابويه وهذا خلاف مذهب القائلين بالقافة بل هو الذي نذهب اليه
واحتمل ذلك ان يكون رجوعه اليه ليعلم هل القافة تعدل على باطلهم او يركنوه وقد روي في بعض
الاخبار انه ضربه حتى اوجعه وروي انه قال في بعض الاخبار لا ادري ما اقضي
فيه حتى حكم فيه علي عليه السلام بالحاقه بالمدعيين له على ما ندساه باسناده فلما حصل فيما
روي عنه هذا الاختلاف فان لم يصح لهم التعلق به واما ان يحمل على موافقة قول علي عليه السلام
واما ان يسقط فسقوط قول علي عليه السلام وروي نحو عن شريح فان قيل فقد بطل ... ان كان

حكم بالقافة كما كانت تحكم الطهارة والا بالاطلاق حتى نسخ الله ذلك على لسان نبيه صلى الله عليه
واله وسلم فلو كان الحكم بالقافة منسوخا لبين الله تعالى نسخه فاذا لم يبين ذلك فهو باق على ما
كان عليه قيل له الحكم الذي من شانه اذا ثبت بالشرع الذي لم يرد به شرع كان باطلا وان لم
يرد شرع ببطلانه ونسخه وانما نفتقر الى ورود النسخ فيما اذا كان مما قد ثبت وروده شرعا
فاما اذا لم يثبت ورود شرع به اصلا فهو كاف في بيان فساده فان ورد شرع في مثل هذا
كان ذلك موكدا لفساده ولم يكن نسخا فاذا ثبت هذه الجملة فرجوع العرب الى الحكم بالقافة مع
ضعفه فكيف يخرج الى الشرع وهذا سؤال من لا يعرف طريقة النسخ واحكامه وقد نبه الله على ما ذكرنا
بقوله افحكم الجاهلية يبغون الاية فذم على اتباع حكم الجاهلية ومما يؤكد ذلك ان النبي صلى الله
عليه واله وسلم لم ينظر بهلال بن امية وزوجته حتى تلد ولم يراع فيه الشبه ولا عين
شبها فدل ذلك على انه لا حكم للشبه ولا خلاف ان القافة لو نسبوه الى غير المدعي لم
يثبت قولهم فصار ذلك ايضا موضحا لما قلناه فان قيل لا يمتنع ان تكون دلالة القافة
مرجحة للدعوى والفراش كما ان اليد كانت مرجحة للبينة قيل له هذا يبين ان الدلالة يعلق الحكم
بحصولها على بعض الوجوه فاما قول القافة فلم يثبت تعلق شيء من الاحكام عندنا به فبطل قول
من رام ان يجعله تاكيدا او ترجيحا ٥ ومما يدل على بطلان القول بمراعاة الشبه في الحكم
ما روي ان النبي صلى الله عليه واله وسلم قال هل لك من ابل فقال نعم قال فما الوانها قال حمر
قال فهل فيها من اورق قال نعم قال فمن اين جاءه ذلك قال لعل عرقا نزعه
قال ولعل هذا نزعه عرق فابطل صلى الله عليه واله وسلم حكم الشبه وبان ان النسب على
ان وجوب اللعان بين الزوجين اذا نفى الزوج الولد دليل على انه لا معتبر بقول القافة لانه
لو كان بقولهم معتبر لرجع اليه ولم يرجع الى اللعان مسـألـة قال ابده الله
تعالى هذا اذا كانا حرين مسلمين فان كان احدهما ذميا او عبدا والاخر مسلما
حرا فادعاه كل واحد منهما كان الولد للحر دون العبد وللمسلم دون الذمي بعد ان
حميعا وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه ان اقل احوال المسلم ان يصير على
دعواه كالمصدق الذمي واذا كان كذلك لوجب ان يكون الولد مسلما باسلام ابيه ويثبت
له الولاية عليه ولم يثبت للذمي عليه ولاية لانه لا ولاية للذمي على المسلم فصار المسلم
اولى فوجب ان يلحق به الولد كما ان رجلا لو ادعيا ثوبا هو لابس له وادعاه الاخر وهو متعلق بكمه
كان اللابس اولى ان يحكم له به لقوة يده والمزية التي له وكذلك لو تجاذب رجلان
فرسا واحدهما راكب له والاخر متعلق بلجامه فان قيل فهذا يقتضي ما ذهب اليه
في المسألة الاولى من ان شبههما قد اتفقا وجب ان يلحق الولد بهما قيل له شرطنا في ذلك
الا يكون لاحدهما مزية وهاهنا قد بانت المزية فلا يعترض به على ما قدمناه ٥ يكشف ذلك
ان الشيء اذا كان في يد رجلين فادعاه كل واحد منهما قسم الشيء بينهما ولو كانت ليد احدهما

٢ اي اتاه رجل فقال ان امراتي ولدت غلاما اسود وهو يعرض بان ينفيه فقال له النبي صلى الله عليه واله وسلم

الرجلين

الرجلين منه حكم له به وكذلك ما ذكرناه وعلى هذه الطريقة يجب أن يجري الكلام
إذا كان أحدهما عبداً والآخر حراً لأن العبد لا يلي أمه عبداً كان أو حراً والولد يجب
أن يكون الحر أولى بالولد على ما بيناه وأوجبنا العقر كاملاً على الرجل والمرأة يجب لها
بحق الرق واحد هسـله وإذا ملك الرجل أو المرأة ذا رحم محرم أو ذات رحم محرم
عتق عليهما وكذلك الرجل إذا ملك شقصاً من ذي رحم محرم عتق عليه واستسعى لشريكه
صاحبه في قيمة ما له فيه فإن كان الرجل اشتراه عالماً بأنه يعتق عليه ضمن لشريكه
ما في قيمته وإن ملك ذا رحم ليس بمحرم لم يعتق عليه وكذلك إن ملك أخاه أو أخته
من الرضاعة أو غيرهما لم يعتق ويجوز للرجل بيع أخته وأمه من الرضاعة ولا يجوز له
وطؤها وجميعه منصوص عليه في الأحكام ما ذهبنا إليه من أن من ملك ذا رحم محرم عتق عليه
قول أبي حنيفة وأصحابه وهو قول علي رواه عنه زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام وقول عمر رواه
الطحاوي بإسناده عن الأسود عن عمر وقال الشافعي يعتق الوالدان وإن ارتفعا والأولاد
وإن سفلوا ولا يعتق من سواهم وقال داود لا يعتق واحد منهم بنفس الملك والأصل
فيه ما أخبرنا به محمد بن عثمان النقاش حدثنا الناصر عليه السلام عن محمد بن منصور عن أحمد
بن عيسى عن حسين عن أبي خالد عن زيد بن علي عن آبائه عن علي عليهم السلام قال قال
رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر ٥ وأخبرنا أبو بكر المقرئ
حدثنا الطحاوي حدثنا محمد بن عبد الله الأصبهاني حدثنا أبو عمر بن النحاس حدثنا ضمرة
عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه
وآله وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر وبه أبو بكر المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا محمد بن عبد الله
حدثنا إبراهيم بن الحجاج وعبد الواحد بن غياث قالا حدثنا حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة
قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر وهذه الأخبار
على صحة ما ذهبنا إليه فإن قال قائل من أهل الظاهر نصرة لقول داود قد روى سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي
هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يجزي ولد عن والده شيئاً إلا أن
يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه فأثبت صلى الله عليه وآله وسلم الإعتاق بعد الشرى فدل ذلك
على أنه بنفس الشرى لا يقع به العتق قيل له المراد به أن يشتريه فيعتق بالشرى لأن الأخبار
التي تقدمت تدل على فساد مذهبهم أن يكون الولد ولداً للرجل ينافي كونه عبداً له ألا ترى
أن من ولدت منه أمته يكون حراً ولو ولدت من أمة غيره كان رقيقاً فكان الموجب لعتقه
أنه ملكه لأن ما تلده مملوكته يكون مملوكاً له لو كان من غيره وأما قول الشافعي فالذي يدل
على فساده الأخبار المتقدمة ويدل على ذلك ما أجمعنا عليه من أن من ملك أباه أو ولده عتق عليه
فكذلك إذا ملك أخاه أو عمه والعلة أنه ملك شخصاً بينهما رحم توجب الحرمة وإن قالوا العلة في ذلك
حصول البعضية ليثبتوا الأخ على ابن العم لم يصح تعليلهم لأنه تعليل بالمعنى المجرد فإن ثبت

تناسبهم فقها شاء الولي الاسناد الى الظواهر التي ذكرناها ولانه يوجب الحظر والعمل بالافادة
الشرعية وبين علينا في حكم المنصوص عليهما فان قيل بان رسول الله صلى الله عليه واله وسلم
قد فادى بالعباس جماعة يوم بدر فلو كان ملكه صلى الله عليه واله وسلم في جميعه لم
يصح المفاداة فيه قيل له عندنا ان الملك في الغنيمة لا يستقر الا بعد القسمة ولذلك يجوز فيه التنفيل
ويوجب الرضخ لمن حضرا لوقعة من النساء والولدان والعبيد فاذا كان ذلك كذلك لم يكن رسول الله
صلى الله عليه واله وسلم لم يكن استقر فلم يحل ان يعتق على ان ماذهبنا اليه قول علي عليه السلام وقول
عمر وغير محفوظ عن احد من الصحابة به خلافه فجرى مجرى اجماعهم على انه اجماع اهل البيت عليهم السلام
لا احفظ بينهم فيه خلافا واجماعهم عندنا حجة وكذلك قول علي عليه السلام واذا ثبت ذلك قلنا ان من ملك
شقصا منه عتق عليه لان العتق عندنا لا يتبعض لما نبينه في كتاب العتق ان شاء الله تعالى وذكر
من فيه وجه اصحابنا الضمان عليه لشريكه والفصل بين الحال التي يلزمه فيها الضمان وبين الحال
الذي لا يلزمه معها الضمان ويجب الاستسعاء به واما من ملك ذا رحم لا محرم فهو جار المواريث مما ملك
ذا رحم اذ لا اختلاف في ذلك والقطان يروي عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه واله وسلم
ثم قد روي عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه واله وسلم القطان يعجبان قال ابو جعفر
الطحاوي وبلغني ان محمد بن ابي بكر الرساني كان يحدث عن حماد بن سلمة عن عاصم الاحول عن الحسن عن سمرة
قال قال النبي صلى الله عليه واله وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر فدل ذلك على ما قلناه

مسألة قال وليس للمكاتب اذا اشترى امة ان يطاها حتى يعتق واذا عتق كان له ذلك وهذا
منصوص عليه في الاحكام ونص فيه على انه لا يجوز نكاحها ولا عتقها ووجهه ان ملك المكاتب
غير تام ولا مستقر لان ملكه صاحبه لم يزل بعتقه واذا لم يزل بعتقه لم يزل عما في يده واذا لم يزل عنه ملك
صاحبه لم يستقر ملكه فيه فلم يجز له ان يطا جاريته لم يتم ملكه لها كما لا يجوز له وطء جارية له فيها
ملك شريك ولم يجز له عتقها لمثل ذلك ولم يجز له ان ينكحها لان حصول حق حقه فيها منع من اسداء
النكاح فيها

مسألة قال ولو ان رجلا قال لآخر قد اخدمتك جاريتي هذه
او اعرتك او احللت لك لم يجز له ان يطاها بذلك فان وطئها عالما بالتحريم لزمه الحد وان لم يكن عالما
بالتحريم ادرى عنه الحد للشبهة ولزمه لصاحبها مهر مثلها وهذا منصوص عليه في الاحكام ونص
ايضا في المنتخب على تحريم ذلك وهذا مما لا احفظ فيه خلافا الا ما حكي عن الامامية من ان ذلك يحل
والدليل على ذلك ان هذه الالفاظ ليست توجب تمليكا ولا عقد النكاح عليها وجب الا
يستباح بها الوطء لقول الله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما
ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين ومن استباح الوطء بما ذكرناه فقد ابتغى وراء النكاح وملك اليمين يدل
على ذلك ان حظر وطئها على الغير لم يكن من جهة المولى فمن ينفع باذنه كوطء المكره لما لم يكن حظره
من جهتهما لم ينتفع باذنهما يدل على ان حظر وطئهن ليس من جهة المولى قول الله تعالى
ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ان اردن تحصنا فلو كان حظر وطئهن من قبل المولى لحل ذلكا

عند ربنا هم ولم يمنعهم الله تعالى من حملهن عليه على انه لا خلاف ان المولى اذا قال لها اذا قال
قد رضيت لك بان تزني وتمكني نفسك من اراد ذلك انه لا يبيح وطؤها لمن اراد ذلك ولا يخرجه
من ان يكون زنا فبان به ان تحريم وطئهن من قبل الله تعالى وليس من جهة مواليهن وانما قلنا ان من
فعل ذلك عالما بالتحريم لزمه الحد لانه زان بامرأة اجنبية بغير شبهة دخلت عليه واما اذا لم يعلم التحريم
ودخلت عليه فيه شبهة فقلنا انه لا حد عليه لقول النبي صلى الله عليه واله وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات
واوجبنا المهر لان المهر يجب في كل وطء وقع بشبهة على ما بيناه في غير موضع من كتابنا هذا

مسألة قال ويجب على من اراد بيع جارية ان يستبرئها قبل بيعها بحيضة وكذلك على المشتري
ان يستبرئها قبل وطئها بحيضة فان كانت صغيرة او كبيرة لا تحيض استبرئت قبل بيعها بشهر وقبل
وطئها بشهر وجميعه منصوص عليه في الاحكام اختلف الناس في الاستبراء فذهب بعض الناس
الى انه غير واجب وذهب بعضهم الى انه يجب على البائع والمشتري جميعا وهو قول اصحابنا وذهب
بعضهم الى انه يجب على البائع دون المشتري وقال ابو حنيفة هو على البائع استحبابا وعلى المشتري
وجوبا وقال الشافعي هو على المشتري ووجه قولنا ان البائع اذا كان وطئها
يستبرئها قبل بيعها بحيضة ان علق فيها من سيدها حرم بيعها كما حرم الوطء على المشتري فوجب
ان يقع الاستبراء قبل البيع كما وجب وقوعه قبل وطء المشتري وايضا وجدنا العدة تلزم في العقود
التي هي استباحة الفروج فوجبت ان يلزم الاستبراء قبل البيع والعلة انه استبراء الرحم
او يقال لما كانت موطوءة وطئا مباحا لم يجز ان يملك بضعها غير الواطئ لها قبل الاستبراء دليله
لو وطئت بعقد النكاح ويؤكد ذلك انه اذا كان وطئها فانه لا يأمن ان يكون قد علقت منه
وان يكون بيعها قد حرم عليه من الاسعها حتى يستبرئها لان الفعل الذي لا يأمن الانسان ان
يكون حراما فعله كشبهة الاثر ان من شك في امرأة انها زوجته او ليست زوجته لم يجز له
ان يطأها حتى يستبين الامر وكذلك من شك في شخص انه عبد او هو حر لم يجز له بيعه
حتى ينكشف ذلك فكذلك لا يجوز بيعها حتى يستبرئها لانه لا يأمن ان تكون قد صارت ام ولد
له وما ذكرناه احتياط وفيه حفظ وفائدة شرعية **فان قيل** لم يوجد في الاصول وجوب
عدتين لماء واحد **قيل له** العدة والاستبراء قد يجبان جميعا لماء الاماء الى وجوب الاستبراء من الكر
والى وجوب العدة عليها من وفاة زوجها فبان انه قد يجب لماء واحد واذا ثبت ذلك بان ان وجوبه
غير مقصور على الماء فلم يمنع وجوب الاستبراءين بماء واحد ولا وجوبهما من غير ما فكان الاعتبار به
بالماء لا معنى له على ان الشافعي يذهب الى ان مشتري الامة اذا كان يطأها فلا يجوز له تزويجها الا بعد
الاستبراء فوجبت ان لا يجوز بيعها قبل الاستبراء لان كل واحد منهما عقد يستباح به الوطء واما
وجوبه على المشتري **فالاصل** فيه حديث ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله
عليه واله وسلم في سبايا اوطاس الا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض حيضة وروى
ابو داود في السنن باسناده يرفعه الى رويفع بن ثابت الانصاري اما اني لا اقول لكم الا ما سمعت

عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول يوم خيبر قال لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم
الآخر ان يسقي ماءه زرع غيره يعني اتيان الحبالى ولا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ان يقع
على امرأة من السبي حتى يستبرئها فدل ذلك على وجوب الاستبراء لتجدد الملك لانه معلوم انه صلى الله
عليه وآله وسلم لم يوجبه للعلم بشغل الرحم بل لما لم يشترط في السبايا ان يكن ذوات ازواج واذا
ثبت ان وجوبه لتجدد الملك لانه معلوم انه صلى الله عليه وآله وسلم لم يوجبه للعلم بشغل
اذ لم يشترط في السبايا ان يكن ذوات ازواج واذا ثبت ان وجوبه لتجدد الملك وجب في المشتري
وكل من ملك منهن ملكا جديدا باي وجه كان وروى زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليه
السلام انه قال من اشترى جارية فلا يقربها حتى يستبرئها بحيضة واذا لم يختلفوا في وجوب
الاستبراء على من ملكهن بالسبي وجب الاستبراء على من ملكهن باي وجه كان من الملك وقلنا انها
ان كانت ممن لا تحيض يستبرئها بثلاثة اشهر لان الشهر يقوم مقام الحيضة في العدة ولذلك في الاستبراء
والعلة ان كل واحد منهما استبراء للرحم مسألة ومما انفردت به الامامية القول بانه اذا اشتراها وهي حامل لم يطأها حتى تضع
عند سيدها حلت له بعد مضي اربعة اشهر ووطئها وهذا منصوص عليه في الاحكام والاصل
فيه قول الله سبحانه واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقوله صلى الله عليه وآله وسلم
في سبايا اوطاس لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض فجعل استبراء الحامل بالوضع كما جعل
استبراء الحائل بالحيض والمسألة وفاق مسألة قالوا ولا بأس للرجل ان يأتي امته
فيما دون الفرج قبل ان يستبرئها اذا لم يقربها لا يحل بها وهذا منصوص عليه في المسرح وذهب
اكثر الفقهاء الى انه لا يجوز وروى هناد باسناده عن الحسن تجويز القبلة والمباشرة قال
ابو العباس الحسني رحمه الله تعالى روى نحوه عن ابن عمر والذي يدل على ذلك قول الله تعالى
والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فظاهر ملكات ايمانهم لنا ظاهر
قول الله تعالى وورود الخطاب في الوطء خصوصا والوطء اسم للجماع دون سائر الاستمتاع
فيبقى سائر الاستمتاع على الاباحة ويدل على ذلك ان سيدها ممنوع من وطئها حتى يستبرئها ولا يمنع
زواله مع استواء البالغة وغير البالغة في ذلك ان لا يمنع من سائر مباشرتها دليله لو كانت حائضا
وايضا قد ثبت بما قدمناه وجوب الاستبراء على البائع والمشتري انه لا يلزمه غير الامتناع من
وطئها فقط دون سائر الاستمتاع فيجب ان يكون المشتري كذلك فان قالوا العلة انه
استبراء يتعلق بالبيع ولا يتعلق به حق البائع كان ذلك فاسدا من وجهين احدهما ان البيع لم يتعلق
حرمة سبع والثاني ان الملك لو حصل لا عن بيع او حصل لا عن ملك نحو ما يملك بالسبايا كان حكمه
لا يتغير فيعلم سقوط هذا السؤال وان قاسوه على العدة كان قياسا اولى لا سيما وهو
الى الظاهر الذي ذكرناه ولانا نرد ما لا يتعلق به حق للغير الا ما لا يتعلق به حق للغير ولان علينا
معظم الاثر ان الاستمتاع كله محرم قبل عقد البيع وقياسا اباحته بعقد البيع بصار معلوما
على ما كان عليه مسألة قال ولو ان رجلا اشترى امة وهي حائض لم يعتد بتلك الحيضة

وإسرائها

وار

واستبراؤها بحيضة سواء اشتراها او ان استبراها وحاضت بعد ملكها اكتفت بتلك الحيضة وهذا منصوص عليه
في المنتخب ووجه ما قلنا انها لو استبرئت وهي حائض لم يعتد بتلك الحيضة انه صلى الله عليه واله
وسلم قال لا توطا حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض فوجب استبراء الحائض بل
بحيضة فاذا ملكها وهي حائض ووطئها بعد تلك الحيضة لا يكون استبراؤها بحيضة تامة وانما
يكون استبراؤها ببعض حيضة فوجب بذلك ان يستبرئها بحيضة اخرى ويدل على
ذلك انه لا خلاف في ان بعض الحيضة لا يقوم مقام الحيضة التامة في العدة فوجب الا تقوم
مقامها في الاستبراء والعلة ان كل واحدة منهما استبراء الرحم وقلنا انها ان حاضت بعد الملك
تجزي تلك الحيضة لقوله صلى الله عليه واله وسلم ولا حائل حتى تحيض حيضة وهذه قد
حاضت قال ابو حنيفة لا معتبر بالحيض الا ان يكون بعد قبض المشتري لها فاما ان حاضت
قبل تسليم القبض وجب ان تستبرا بحيضة اخرى قال ابو يوسف اذا حاضت بعد الشرا
اجزت من غير مراعاة القبض لان الملك يتم بالشرا فلا وجه لمراعاة القبض مسألة
ولو انه اشتراها واعتقها ثم تزوجها لم يجز له ان يواقعها قبل الاستبراء واذا سبيت الحرة الامة استبرئت
بحيضة ما ذكرناه فيمن اشتراها واعتقها منصوص عليه في المسح واستبراء المسبية منصوص عليه
في الاحكام ووجهه انها لما ملكت كان بضعها محرما عليه حتى الاستبراء فلما اعتقها حصل تحريم
اخر من التحريم الثاني الحاصل بالعتق ولم يجب ان يرتفع بارتفاعه التحريم الاول دليله لو اشتراها
وهي محرمة ثم تزوجها لم يحل له وطؤها في احرامها وان ارتفع التحريم الحاصل فبان بما بيناه
ان ارتفاع احد التحريمين لا يوجب ارتفاع التحريم الاخر فاما المسبية فلا خلاف في وجوب الاستبراء
منها وفيه ورد النص وهو الاصل في وجوب الاستبراء في غير المسبيات مسألة ولو ان
رجلا كانت عنده مملوكة يطؤها لم يكن له ان يطا اختها حتى يخرج الاولى عن ملكه ببيع او عتق او هبة
وهذا منصوص عليه في الاحكام اما تحريم الجمع بينهما فهو قول امير المؤمنين عليه السلام روى ذلك زيد بن علي
عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام وغيره ايضا قد رواه عنه وبه قال العلماء اجمع الا بعض
من الصحابة وداود من المتاخرة والدليل على ذلك قول الله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد
سلف وليس لهم ان يعترضوا ذلك بقول الله تعالى او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين لوجهين
احدهما ان الاية التي تعلقنا بها حاظرة والحظر اقوى من الاباحة وبه احتج امير المؤمنين عليه السلام
والثاني ان الاية التي احتججنا بها اخص بموضع الخلاف لان المقصد بها تحريم الجمع وفيه وقع الخلاف
والمقصد بما تعلقوا به اباحة ملك اليمين على الجملة فاما اذا اخرج الاولى عن ملكه بما ذكرناه فلا خلاف
انه يحل له وطء الثانية واختلفوا اذا زوج الاولى وعندنا انها لا تحل له والدليل على ذلك قول الله
تعالى وان تجمعوا بين الاختين وقد ثبت ان تحريم الجمع بينهما مراد بالاية بما بيناه انفا فلا يصح الجمع بينهما

بالوطء

[illegible]

بالوطء لأن يطأ أحدهما بعد الأخرى فصار ذلك الآية تقتضي صحة تحريم وطء أحدهما بعد الأخرى على
جميع الوجوه فوجب القضاء به إلا حيث خصه الدليل ولما أجمع الجميع على أنه إذا أخرج الأولى عن
الحولية عن ملكه بما ذكرناه حلت له الثانية فلما ذلك وبقي ما حكمها على التحريم وإن زوج الأولى
أو كاتبها فكذلك إذا زوجها والعلة أن ملكه ثابت عليهما بأن يكون من وطي المملوكة لم يحل له وطؤها
ما دام ملكه ثابتا عليهما ولا نص في الخلاف لو أنه أذن لها في الإحرام فأحرمت لم يجز له أن يطأ
أختها فكذلك إذا زوجها والعلة أن تحريم الأولى يجوز أن يرتفع من غير تجدد ملك أو عقد نكاح
يؤكد ذلك أن من تزوج حرة لم يحل له التزوج بأختها إلا مع بطلان نكاح الأولى فوجب ألا
يجوز له وطء الثانية من المملوكات إلا مع بطلان ملكه للأولى لأن كل واحد منهما يستباح به الوطء
ويستشرفان إلى الظاهر وبعض الحظر هو أولى من إباحة المتزوجة على المبيعة. مسألة
قال: ولو أن رجلا طلق امرأة ثلاث تطليقات ثم ملكها لم يكن له أن يطأها حتى تنكح زوجا غيره
وكذلك لو كان سيدها وطئها بعد تطليقه لها ثلاثا لم تحل له وهذا منصوص عليه في الأحكام
والأصل فيه قول الله تعالى الطلاق مرتان إلى قوله فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى
تنكح زوجا غيره ولم يخص في ذلك أمة من حرة وقد علمنا أن السيد ليس بزوج ولا يطأ بالزوجية
فوجب أن تكون محرمة على من طلقها ثلاثا وإن وطئها سيدها لم تنكح زوجا غيره ولا خلاف أنها
لو وطئت بشبهة أو زنا لم تحل للزوج الأول والعلة أنه وطء وقع في غير نكاح صحيح فكذلك إلا
والعلة أنها موطوءة مطلقة ثلاثا يؤكد ذلك أنه لا اعتبار بوجود الوطء ألا ترى أنه لو وطئها وهما
محرمان أو أحدهما أو كانت حائضا جاز لها الرجوع إلى الأول فثبت أن الاعتبار بما ذكرنا من حصول
الوطء في نكاح صحيح دون أن يكون الوطء حراما أو حلالا فأما إذا طلقها ثلاثا ولم يكن سيدها
وطئها ثم وطئها بأن ملكها أظهر وأوضح لقول الله سبحانه فلا تحل له من بعد حتى تنكح
زوجا غيره وهو لم يطأها وإنما ملك ولا نكاح فوجب أن لا يحل له وطؤها بالملك على وجه من
الوجوه ما لم تنكح زوجا غيره على ما مضى الكلام أيضا. مسألة قال: ولا يجوز في
السبي أن يفرق بين الولد والوالدة قال القاسم عليه السلام إلا أن يكون الولد كبيرا جاز
التفريق قال: ولا يجوز التفريق ما دام صغيرا ما ذكرناه أولا منصوص عليه في الأحكام
وما حكيناه عن القاسم عليه السلام منصوص عليه في مسائل النيروسي ونص يحيى عليه السلام
في المنتخب على أن من باع جارية ولها ولد صغير لم يبع معها يرد بيعها إن لم يبع ولدها
معها فكان تحصيل المذهب أن الجارية إذا كان لها ولد صغير لم يجز بيع أحدهما
دون صاحبه وبه قال الشافعي والأصل فيه حديث زيد بن علي عن أبيه عن جده عن
علي عليهم السلام قال: قدم زيد بن حارثة بسبي فصنع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

الزبير فنظر الى رجل بهم وامراة كبيرين حزينين من الرقيق فقال صلى الله عليه واله وسلم ما لي اراى
هذين كسيرين حزينين فقال زيد يا رسول الله احتجنا الى نفقه على الرقيق فبعنا ولدا لهما
بما نفقنا عليهم ثمنه فقال صلى الله عليه واله وسلم ارجع حتى تسترده ممن بعته
فرده على ابويه وامر مناديه فنادى ان رسول الله صلى الله عليه واله وسلم يامركم
ان لا تفرقوا بين ذوي الارحام من الرقيق فدل ذلك على ما ذهبنا اليه من انه لا يجوز بيع
احدهما دون صاحبه ولا يجمع تعليمهم بقول الله تعالى واحل الله البيع لم يجز ان يخصه لان
نهي لهم قياس ايضا لانه مدفوع بالخبر الذي ذكرناه

كتاب الطلاق

باب القول في صفة الطلاق وتنوعه

اذا اراد الرجل ان يطلق امراته طلاق السنة طلقها في طهر
من غير جماع وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب وهو مما لا اختلاف فيه والاصل
فيه قول الله تعالى اذا طلقتم النسا فطلقوهن لعدتهن ثم ورد فيه ما اخبرنا به ابو بكر المقري
حدثنا الطحاوي حدثنا ابو بكرة وابراهيم بن مرزوق قالا حدثنا ابو عاصم عن ابن جريج عن ابي
الزبير قال سمعت عبد الرحمن بن ايمن يسال ابن عمر عن الرجل يطلق امراته وهي حايض
فقال تعلم ذلك عبد الله بن عمر فسال عمر ذلك عمر رسول الله صلى الله عليه واله وسلم فقال مره
فليراجعها حتى تطهر ثم ليطلقها ثم قرا اذا طلقتم النسا فطلقوهن في قبل عدتهن وثنا
ابو بكر المقري حدثنا الطحاوي نا ابن ابي داود حدثنا عبد الله بن صالح حدثني الليث عن عقيل
عن ابن شهاب اخبرني سالم بن عبد الله ان عبد الله بن عمر اخبره انه طلق امراته وهي حايض فذكر ذلك عمر
لرسول الله صلى الله عليه واله وسلم فقال مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر
فان بدا له ان يطلقها طاهرا قبل ان يمسها فتلك العدة كما امر الله تعالى وثنا ابو الحسن الرزقي
حدثنا محمد بن عمر الدينوري حدثنا ابي حدثنا المثنى بن جارود عن هشام عن ابي بشر جعفر بن اياس
اليشكري عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال طلقت امراتي وهي حايض فردها النبي صلى الله
عليه واله وسلم حتى طلقتها وهي طاهر وكل هذه الاخبار دالة على ما قلناه وانه المراد بالاية

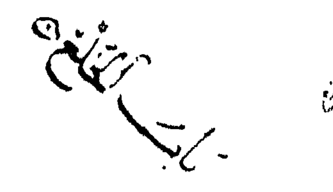
مسالة قال فان طلقها في الحيض او في طهر جامعها فيه وقع الطلاق وقد خالف السنة
وهذا منصوص عليه في الاحكام اما كونه مخالفا للسنة فلا خلاف فيه وقد مضى من الخبر ما دل
على ذلك والاخبار فيه اكثر من ان تعد واما وقوع الطلاق فيه فهو قول اكثر العلماء الا ما ذهبت
اليه الامامية ورووه عن جعفر عليه السلام ان الطلاق لا يقع في الحيض وهو الاظهر من قول الناصر عليه السلام

والدليل على ان الطلاق يقع في الحيض قول الله تعالى الطلاق مرتان وقوله تعالى فان طلقها
فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فبين احكام الطلاق ولم يستثن حالا من حال فوجب ذلك وقوع
الطلاق في جميع الاحوال فان قيل فقد قال الله تعالى اذا طلقتم النسا فطلقوهن لعدتهن

فدل ذلك على أن الطلاق لغير العدة لا يقع. فإن قيل ليس في الآية دليل على ما ذكرتموه بل فيه دليل
على أنه أمر من الله سبحانه بذلك وليس فيه ما يدل على أنه لو طلقها لغير العدة ما يكون حاله ويحتمل
قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن على أن ذلك هو المندوب إليه والمسنون ويحمل قوله تعالى فإن
طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره من غير أن يستثني شيئا من الأحوال على أنه يقع في جميع الأحوال
ثم السنة الواردة كلها تدل على صحة ما نذهب إليه منها ما مضى من قوله صلى الله عليه وآله وسلم
مره فليراجعها فلولا أن الطلاق كان واقعا لم يأمره بالمراجعة وأخبرنا أبو العباس الحسني رحمه الله
أنا عيسى بن محمد العلوي حدثنا محمد بن منصور عن محمد بن جميل عن إبراهيم بن محمد عن أيوب بن جابر عن منصور
عن أبي وائل عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر عمر للنبي صلى الله عليه وآله وسلم ذلك فقال مره أن
يراجعها ويعتد بتطليقة فبان صحة وقوع الطلاق في الحيض وبنا أبو العباس الحسني رحمه الله نا أبو أحمد
الأنماطي حدثنا إسحق بن إبراهيم الصنعاني عن عبد الرزاق عن الثوري عن عاصم عن ابن سيرين قال
سئل ابن عمر هل احتسبت بها قال وما يمنعني وإن كنت قد عجزت واستحمقت وفي بعض الأخبار قلت
يا رسول الله لو كنت طلقتها ثلاثا قال كانت تبين وتعصي ربك وبنا أبو العباس الحسني
قال حدثنا محمد بن الحسن بن علي الحسيني البصري قال حدثنا ... عن أبي بكر عن ابن إدريس عن ابن ضميرة عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام
أنه كان يقول الطلاق في العدة على ما أمر الله فمن طلق على غير عدة فقد عصى الله وفارق
امرأته. فإن قيل فقد روي عن عبد الله بن مالك عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فقال
صلى الله عليه وآله وسلم ليس ذلك بشيء قيل له هذا خبر قد استضعف سنده وأخبارنا
أكثر وأشهر وإن ثبت فلا ظاهر له لأنا قد علمنا أنه شيء قد حصل ووقع فلا بد فيه من تأويل
وإذا احتجنا وخصمنا جميعا فيه إلى التأويل قلنا يحتمل أن يكون المراد به ليس هذا شيئا يجاز
وليس لهم أن يقولوا إن الزوج لما كان موقعا للطلاق على وجه يكون به عاصيا لم يقع
طلاقه لأنه بمنزلة من يطلق في الصلاة حتى يقطع صلاته بأنه يعاقب به ويمكننا أن نقول ما يوجب
الفرقة محضة لا يمنع من وقوع الفرقة بالردة إذ لا خلاف أنها توجب الفرقة ويمكن أن يقاس
الحائض على الطاهر بعلة أنها امرأة يصح طلاقها أو يقاس التي دخل بها على التي لم يدخل بها
بتلك العلة فيجب أن يصح طلاقها في الحيض ويقاس الطلاق على الظهار بعلة أن كل واحد
منهما لفظ له مدخل في المنع من الوطء فيجب أن يصح حصول حكمه في الحيض فإن قاسوه
على الوكيل الذي أمر بأن يطلقها طاهرا فطلقها حائضا بأنه يتعدى ما أمر به كانت
قياساتنا أولى لاستنادها إلى النصوص التي لا تحتمل التأويل ولأنه يفيد وقوع الطلاق على
أن الوكيل لا يشبه المطلق لأن المطلق يطلق على نفسه والوكيل يطلق على الموكل فصار بما ساه
أولى لأنا رددنا حكم من يلزم نفسه إلى حكم من يلزم غيره وهم ردوا حكم من يلزم نفسه

الحكم من يلزم عدته **ومما يوضح الفرق بين الوكيل والمطلق**
ان الوكيل ينفذ ما هو وكيل فيه بامر الموكل فقط دون ما سواه فمتى خرج عن الامر
في طلاقها ظاهرا ولم يكن هناك امر بطلاقها جاحدا لم يصح طلاقه حانثا وليس كذلك
المطلق لنفسه طلاقه ينفذ وان لم يأتمر الله به بان يطلقها ثلاثا او بان يدل عليه
من غير جهة الخبر فلا يمتنع ان يأمر بالطلاق على وجه مخصوص ويدل على انه قد يقع
ذلك وان وقع على غير الوجه الذي امر بايقاعه عليه مسألة قال واذا اراد
ان يطلق صغيرة لم تحض او ايسة ان يكف عن جماعها شهرا ثم يطلقها وكذلك القول
فيمن اراد ان يطلق الحامل وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه انه لما استحب ان يكون بين الجماع
والطلاق حيضة في ذوات الحيض استحببنا ان يكون بينهما شهرا في اللواتي من الصغيرة والكبيرة
والحبلى لان الشهر قد اقيم مقام الحيضة الواحدة في كل حكم له مدخل في استبراء الرحم بعد العدد
والاستبراء في الاماء مسألة واذا طلق الرجل امرأته طلاق السنة ولم يكن كل التطليقة
ثالثة فالرجل اولى بها ما دامت في عدتها فاذا انقضت عدتها كان الرجل خاطبا من الخطاب وهذا
منصوص عليه في الاحكام والمنتخب وهو مما لا خلاف فيه سواء كان الطلاق للسنة او واقعا في
الحيض في معنى المراجعة الاثر الى قول النبي صلى الله عليه واله وسلم مره فليراجعها في ابن
عمر حين طلق امرأته حائضا مره ان يراجعها فكذلك ان العدة لو انقضت قبل المراجعة ان الزوج
يكون خاطبا من الخطاب وكذلك اذا وقع الطلاق على غير عوض وقد دل على ذلك قول الله تعالى وبعولتهن احق
بردهن في ذلك ان المراد به المراجعة مسألة قال القسم عليه السلام ولا بد من الاشهاد
على الطلاق والمراجعة ليكون ابعد من الخلاف والمنازعة وهذا منصوص عليه في مسائل
النيروسي ومروي عنه في الاحكام وقد دل بتعليله بالبعد من الخلاف والمنازعة على انه قاله
على سبيل الاستحباب ولم يجعله شرطا في صحة الطلاق ولا في صحة الرجعة وقد ذكر يحيى
عليه السلام الاشهاد في الاحكام ولم يذكر انه شرط في صحته فدل ذلك على انه استحباب وقال
ايضا ينبغي للمطلق ان يشهد على طلاقه ان شاء حين يتلفظ به وان شاء عند انقضاء عدتها ودل
ايضا انه لا يجعل الاشهاد شرطا في صحة الطلاق وهو قول عامة الفقهاء وذهب الامامية
الى ان الطلاق من شرط صحته الاشهاد واحد قولي الشافعي انه شرط في صحة الرجعة والدليل
على ان الاشهاد ليس بشرط في صحة الطلاق ولا في صحة الرجعة قول الله تعالى اذا طلقتم النساء
فطلقوهن لعدتهن وقوله سبحانه الطلاق مرتان وقوله سبحانه فان طلقها فلا تحل له
من بعد حتى تنكح زوجا غيره وقوله سبحانه فامساك بمعروف او تسريح باحسان فلم يشرط فيه

شاهدي الاشهاد نعلم انه ليس بشرط في صحته فان قيل فقد قال الله تعالى واشهدوا ذوي
عدل منكم فامر بالاشهاد قيل له لسنا نخالف انه مامور بالاشهاد وانما الخلاف في انه شرط
فيهما او في احدهما ويدل على انه ليس بشرط في الرجعة قول الله تعالى وبعولتهن احق بردهن
في ذلك من غير اشتراط في الاشهاد وما تعلق به المخالف من قوله سبحانه واشهدوا ذوي عدل
منكم لا يصح تعلق واحد منهما لانه وارد بعد ذكر الطلاق والرجعة وليس تعلقه باحدهما
اولى من تعلقه بالآخر ولا خلاف انه غير متعلق بهما على الوجه الذي ذهبوا اليه فبطل تعلقهم
وصح ان المراد به الندب فيصح تعلقه على وجه الندب بالطلاق والرجعة جميعا ومما يدل
على صحة ما نذهب اليه من ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعمر حين سأله عن طلاق ابنه
في الحيض مره فليراجعها حتى تطهر ثم ليطلقها ولم يشرط في واحد منهما الاشهاد فدل
على ان الاشهاد ليس بشرط فيهما ولا خلاف ان الاشهاد ليس بشرط في العتق فوجب ان يكون كذلك
الطلاق والعلة انه ازالة ملك وفي الرجعة تشكل لانها تصير الى الولي فوجب ان لا يكون الاشهاد
شرطا فيه دليله سائر العقود من البيع والاجارة وغيرهما او يقال ان الرجعة استباحة الوطء
من غير ان يكون عقد النكاح فوجب ان لا نفتقر الى الاشهاد دليله شرا الامة ثم الاصل كلها سيما
لان شاهديها لو سقطا لحاجة الى الولي فلم يسقطا لحاجة الى الشهود فوجب ان تكون الرجعة
كذلك **مسألة** قال واذا اراد الرجل ان يخالع امرأته طلقها على عوض فيقول لها
طلقتك على كذا او خالعتك عليه او بارأتك او فاديتك من الالفاظ الجارية مجراه بعد ان تواطأ المرأة
على ذلك او يقول انت طالق على كذا او يقول اذا ابرأتني من كذا او اعطيتني فانت طالق نص
في الاحكام على جميع ما ذكرناه غير ما ذكرناه من قول الرجل خالعتك او غير ذلك من الالفاظ الجارية
مجراه فانه مستعمل فيه **ومحصل المذهب** ان الخلع والمباراة والطلاق على عوض
كلها عبارات مختلفة على معنى واحد والذي يدل على ذلك ان لفظ الخلع والمباراة يعد الفرقة
كالطلاق اذا اشترط العوض فيهما كان استوى حكمهما في وقوع الفرقة وملك الزوج
عليه ما بذلته من العوض وهذا مما لا خلاف فيه وقد اختلف في الخلع هل هو فسخ او طلاق وهو
طلاق عند اصحابنا وبه قال ابو حنيفة واحد قولي الشافعي وقوله الآخر انه فسخ وليس بطلاق
والذي يدل على انه طلاق ما رواه هناد باسناده عن سعيد بن المسيب قال جعل رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم الخلع تطليقة واحدة ويدل على ذلك حديث زيد بن علي عن ابيه عن جده
عن علي عليهم السلام اذا اخذ الرجل من امرأته فدية فقد بانت منه بتطليقة ويدل على ذلك ايضا
انها فرقة تختص النكاح دفعة بايقاع الزوج فوجب ان يكون طلاقا دليله الطلاق واجمعوا الطلاق
ان الخلع اذا اريد به الطلاق يكون طلاقا وكذلك اذا لم يرد به والمعنى انه خلع فاما استدلال



من

من استدل على انه فسخ بانه لو كان طلاقا لكان يصير الطلاق به اربعا والمكي لان الله تعالى
قال الطلاق مرتان ثم ذكر الخلع بقوله تعالى بعد ذلك فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا
جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره
فهو غير سديد لان الله تعالى بين الطلاق (في البلاء) بقوله سبحانه الطلاق مرتان فامساك بمعروف
او تسريح باحسان فاراد بقوله او تسريح باحسان التطليقة الثالثة ثم بين احكام الطلاق
الطلاق الماضي ذكره ودل على ما يجوز اخذ البدل فيه وما لا يجوز ثم انه تعالى ابتدا ذكر طلاق
اخر غير ما مضى ثم ذكر بعد ذلك حكم التطليقة الثالثة لانه ان جعلها تطليقة اخرى بعد
الامر لو لم يكن كذلك لكانت التطليقات تصير خمسا فصح بما وصفناه ان الخلع وان كان
طلاقا كان داخلا في التطليقات الثلاث وبطل ما تعلقوا به **مسألة** ولا يجوز الخلع
الا اذا خافا الا يقيما حدود الله وتكون المراة هي الطالبة واتت الرجوع الى حكم الله تعالى
ولا يجوز ان يخالعها على اكثر من مهرها ونفقة عدتها وتربية اولادها ونفقتهم
جميعه منصوص عليه في الاحكام والمعنى خلا ما ذكرناه من تربية الاولاد ونفقتهم فانه منصوص
عليه في المعنى فقط والذي يدل على ما ذكرناه من انه لا يجوز للرجل اخذ العوض على الطلاق الا اذا
خافا الا يقيما حدود الله ظاهر قوله تعالى ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيئا الا ان يخافا
الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فنص تعالى على تحريم اخذ شيء مما اعطاها الا على
الشرط الذي ذكرناه وبين ان ذلك يحل متى حصل الشرط فان قيل فقد قال الله تعالى فان طبن لكم
عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا فاباح اكل ما طابت به انفسهن من مهورهن فوجب ان يجوز اخذ
الزوج اياه على سبيل الخلع وان لم يكن منها نشوز ثم اذا طابت به نفسها قيل له قال الله سبحانه
ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فدل على انه لا يحل مع طيب نفسها
ان ياخذه على وجه الخلع الا على الشرط الذي ذكرناه الا ترى ان نفسها لو لم تطب لم يحل له ان ياخذه وان
خافا الا يقيما حدود الله فبان ان الاية وردت في اعتبار الشرط مع طيبة نفسها ولا يمتنع ان يكون الانسان
اذا طابت نفسه بماله لاخر مطلقا حل تناوله ثم لو طابت نفسه بان يبذله على وجه محظور
لم يحل له اخذه كما يوخذ على سبيل الربا وثمن الخمر واجرة البغي وما جرى مجراها وكذلك لا يمتنع ان يحل
ان ياخذ من مهرها ما طابت به نفسها على الاطلاق ثم اذا طابت نفسها على سبيل الخلع لم يحل له ان
ياخذ الا على الشرط الذي ذكره الله تعالى فان قيل فاسم الخلع اذا لم يكن منها النشوز عليه
اذا خيف معنى انه خلع كان ذلك معارضا بان يقال لهم قد ثبت بالدلالة عندنا وفاقا لمسا
ان الخوف معتبر في بعض احكام الطلاق والعلة انه يملك بعد الصحة فقلنا انه لا يجوز ان يقع
الخلع على اكثر مما اعطاها الا ان تكون نفقة عدتها او تربية اولاد له لما رواه ابو الحسن الكرخي
باسناده عن شعبة عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس ان جميلة ابنة سلول اتت النبي صلى الله عليه واله وسلم

باب الخلع

فقالت والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه
بغضاً فقال صلى الله عليه وآله وسلم أتردين عليه حديقته فقالت نعم فأمره النبي صلى الله عليه
وآله وسلم أن يأخذ منها ما ساق إليها ولا يزداد وروى أيضاً بإسناده عن ابن جريج عن عطاء أن
امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله وسلم تشكو زوجها فقال أتردين عليه حديقته فقالت نعم
وزيادة قال أما الزيادة فلا وروى أيضاً بإسناده عن ابن جريج قال نزلت هذه الآية في ثابت بن قيس
وفي حبيبة بنت عبد الله بن سلول قال وكانت تشكوه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
فقال أتردين عليه حديقته فدعاه النبي صلى الله عليه وآله وسلم فذكر ذلك فقال أتطيب لي
بذلك نفسك فقال نعم قال ثابت قد فعلت فنزلت ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الآية قال
لا تأخذ منها أكثر مما أعطيتها فالحديث الأول قد رواه أبو الحسن الدارقطني في السنن فإن
قيل فقد روي في الأخبار عن أبي سعيد الخدري أنه قال كانت أختي عند رجل من الأنصار تزوجها
على حديقة فكان بينهما كلام فارتفعا إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال أتردين عليه
حديقته ويطلقك قالت نعم وأزيده قال ردي عليه حديقته وزيديه قيل له يحتمل أن يكون
صلى الله عليه وآله وسلم علم أن المهر كان زائداً على الحديقة فأباح الزيادة ليكون ذلك تلفيقاً
بين الأخبار وأيضاً فقد ثبت بالزيادة وفاقاً مع أبي حنيفة أن الغرر في المهر بعقد لا يوجب أن يكون
كذلك مال الخلع والعلة أنه عوض للبضع وذلك أولى من قياسهم ذلك على سائر الأعواض
في المعاوضة وقلنا إنه يجوز أن يخالع على نفقة العدة وتربية الأولاد ونفقتهم لأنه مما يتعلق
بأسباب النكاح الذي كان بينهما فأشبه المهر ولا يقدح فيه دخول الجهالة لأن عوض البضع لا يفسد
بذلك ولا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة والشافعي في أنه كالمهر وأن دخول بعض الجهالة لا يفسده

مسألة قال فإذا أقرّ بها على ذلك فقد بانت منه فلا رجعة له عليها وهو خاطب
من الخطاب إن لم يكن الخلع بتطليقة ثالثة ولها أن تستأنف نكاحاً جديداً قبل انقضاء العدة وبعد
وهذا منصوص عليه في المنتخب إذا كان بلفظ الطلاق لفظ الأحكام وأن لها أن تراجعه بنكاح جديد
من غير اشتراط انقضاء العدة بعده بدليل ... عليه وهذه الجملة مما لا أحفظ فيها خلافاً
عن أحد من فقهاء أهل البيت عليهم السلام وعن عمر إلا ما حكي عن أبي ثور أنه كان يذهب إلى أن للمخالع
الرجعة مع تحصيل العوض وذلك بعيد جداً لأن الزوج لا يجوز أن يملك البدل والمبدل معاً ولا
خلاف أنه يملك البدل الذي تبذله المرأة على بضعها فلا يجوز أن يملك البضع مع بذله لأن
المرأة لا تملك البدل وجب أن لا يملك الزوج ما هو بدل منه كالنكاح تملك المرأة المهر ولا يكون
للزوج عليه سبيل فيملك الزوج البضع ولا يكون لها سبيل عليه وكذلك في الخلع ويشهد لصحة هذا اعتبار
سائر عقود البياعات والإجارات والهبات على الأعواض وروى زيد بن علي عن أبيه عن جده
عن علي عليه السلام قال إذا قبل الرجل من امرأته فدية فقد بانت منه بتطليقة

في الأحكام والمنتخب غير ما ذكرناه وأن لهما أن يستأنفا النكاح في العدة فإنه منصوص عليه صح

فدل ذلك على حصول البينونة بحصول البدل ودل أيضا على أن الخلع طلاق وقلنا إنه ينكحها
إن شاء نكاحا جديدا في عدتها إلا أن العدة إذا كانت منه لم يمنع من نكاحه ولا خلاف في ذلك
مسألة قال ولو أن رجلا خالع زوج ابنته الصغيرة عنها وقع الطلاق وكان للابنة
أن تطالب الزوج بالمهر إذا أكبرت ويرجع الزوج به على أبيها إذ قد ضمن وهذا منصوص
عليه في المنتخب قلنا إن ذلك خلع لأنه طلاق على عوض وقلنا إن للابنة مطالبة الزوج
بالمهر إذا أكبرت لأن حقوقها ثابتة ولا تسقط بإسقاط أبيها كما لا يسقط سائر حقوقها
بإسقاطه لأنه لا ولاية له عليها فيما يضرها وقلنا إن للزوج أن يطالب الأب به لأنه
طلقها على بدل بذله من يصح منه بذل الأبدال فوجب أن يلزمه كما يلزم المرأة لو كانت هي
المخالعة ويؤكد ذلك أن من قال لرجل له على آخر حق علي هذا الحق على أن تبريه صح ذلك
ولزم الضمان فكذلك ما ذهبنا إليه فإن قيل إن الأب إذا لم يحصل له بإبرائه شيء لم يلزمه العوض
كان ذلك منتقضا بالضمان ولجواز الإبراء عن المحتال والضامن يضمن المال وإن لم يحصل له
بإبرائه شيء ويؤكد ذلك قوله تعالى أوفوا بالعقود وقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم المؤمنون
عند شروطهم فإن قال فقد قال يحيى بن الحسين عليه السلام إن الأب إذا قال ذلك
بلفظ الإبراء لزمه ضمان المال والإبراء لا ينطوي على الضمان قيل له الإبراء قد يكون بمجرد القول
وقد يكون بأن يضمن المال عمن عليه المال فإذا احتمل الإبراء هذين الوجهين حملناه من الأب
على الصحة وهو لا يصح إلا إذا حمل على الضمان الإبراء كالبيع إذا جاز أن يكون صحيحا وفاسدا
حمل على الصحة في الإقرار وغيره حتى يثبت الفساد فكذلك النكاح وسائر العقود مسألة
قال والطلاق الرجعي كل طلاق للمدخول بها إلا على عوض من غير أن يكون بطلقة
ثالثة قد نص عليه في الأحكام أن الكنايات يقع بها الطلاق الرجعي وذكر أن دخول العوض
يجعله بائنا وبين فيه حال المطلقة ثلاثا وأنها لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وذكر نحوه
في المنتخب وجميع ذلك إذا كانت المرأة مدخولا بها فأما إن كانت غير مدخول بها فلا
خلاف أن طلاقها بائن على أي وجه وقع وأما الطلاق الصريح فلا خلاف أن الطلاق
البينونة لا يقع إلا إذا كان على عوض ولا خلاف أن قول الزوج سرحتك وفارقتك في هذا
المعنى مثل صريح الطلاق واختلفوا في قوله أنت بائن أو برية أو خلية وما جرى مجراها
فذهب أبو حنيفة إلى أنها يكون بها بائنا وقال الشافعي مثل قولنا والدليل على ما ذهب
إليه من ذلك قول الله تعالى وبعولتهن أحق بردهن فلم يشترط أن يكون الفراق وقع بالصريح
أو الكناية ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم راجعها ولم يسأل بأي لفظ
وقع الطلاق فدل ذلك على أن حكم الألفاظ في كونها رجعية حكم واحد ولا خلاف
أن الصريح لا يقتضي البينونة إذا لم يقع على عوض فوجب أن يكون البائن والخلية

والبرية كذلك والعلة انه طلاق او بقية طلاق لم يستوف كمال عدده ولم يقع بشرط
العوض فوجب ان لا يوجب البينونة من المدخول بها ويمكن ان يقاس ما ذكرناه على قول القائل
اعتدي او استبرئي رحمك في انه لا يوجب البينونة اذا لم يقع على عوض ويكون ذلك مما ذكرنا
حكم الصريح والكناية على ما بيناه فوجب ان يكون كذلك حكم البائن والخلية والبرية اذ لا يخلو
ذلك من ان يكون صريحا او كناية على انا وجدنا الصريح وقول الزوج اعتدي متى دخلهما
العوض كانا بائنين ومتى لم يدخلهما العوض كانا رجعيين فعلم ان الحكم في البينونة
يتعلق بدخول العوض فصح ما ذهبنا اليه على انا وجدنا كل لفظ موجب للفرقة مع
اتفاق الدينين اذا لم يمنع من تجديد النكاح بين الزوجين قبل نكاح زوج آخر لا يوجب
البينونة متى لم يقع على عوض كالطلاق والفراق والسراح واستبرئي واعتدي فوجب ان
يكون قوله انت بائن او برية كذلك فان قيل اذا ثبت ان للزوج ان يملكها امر نفسها بالبدل
وجب ان يملكه بغير بدل كالعتق والهبة قيل له هذا لا يجب في جميع المواضع الا ترى انه
يملك عقد النكاح مع العوض ولا يملكه على حد لا يجب معه البدل وكذلك يملك البيع
بلفظ الطلاق مع البدل ولا يملكه بغير بدل كذلك البيع يصح ايقاعه مع البدل ولا
يصح بغير البدل فلم يمتنع ان تكون البينونة كذلك وان وقعت بلفظ البائن والخلية
على انا لا نمتنع من القول بان الزوج يملك البينونة من غير عوض على بعض الوجوه وهو
ان يطلقها ثلاثا على الحد الذي ذهبنا اليه فيسقط سؤالهم هذا بواحدة ويمكن ان يستدل
في المسألة بقول الله تعالى الطلاق مرتان فجعل سبحانه الطلاق مرتين وجعل بعده
الامساك او التسريح ولا يكون الامساك الا بعد الرجعة فكأنه قال بعد كل طلاق تثبت
رجعة فوجب ذلك في كل طلاق وقع بأي لفظ كان الا ما خصه الدليل فان قيل
اذا ثبت ان للزوج ان يأخذ البدل على البينونة ثبت انه مالك لها وثبت ان له ايقاعها
بغير بدل قيل له هذا فاسد بجميع الوجوه التي ذكرناها في المسألة الاولى فلا وجه لاعادته
فان قيل قوله انت بائن كناية فلو لم توجب البينونة كنا اسقطنا حكمه قيل له جعله
طلاقا فلا يكون اسقطنا حكمه الا ترى انه لا يوجب البينونة بقوله اعتدي وهذا لا يمنع
من ان يكون حكمه فهو غير ساقط فان قيل اذا اسقطنا حكم الذي اوجبنا من جهة
اللغة قيل له هذا لا اعتبار به ولا اعتبار الا بما يوجب البينونة في الشرع وادلته مسألة
قال واذا طلق الرجل زوجته تطليقة رجعية فانهما يتوارثان ما دامت في العدة
وهذا منصوص عليه في الاحكام وذلك ان العصمة بينهما غير منقطعة الا ترى انه يراجعها من غير
نكاح جديد فثبت انها زوجته فوجب بها ظاهر قوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم الآية
فالتوارث بينهما قائم والمسألة وفاق لا خلاف فيها وقد روي ذلك عن علي عن ابيه عن جده

عن

عن علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم مسلسلة قالوا الطلاق
لا يتبع الطلاق إلا أن يتخللهما الرجعة هذا منصوص عليه في الأحكام والمنتخب وقال القاسم عليه السلام
أن الطلاق قد يتبع الطلاق وإلى ذلك ذهب أكثر الفقهاء في المطلقة الرجعية
فأما البائن فقول الشافعي فيه مثل قولنا وقال أبو حنيفة يتبعها الطلاق
والدليل على صحة ما ذهبنا إليه قول الله تعالى الطلاق مرتان فإمساك بمعروف
أو تسريح بإحسان الذي هو الطلاق الثالث فوجب أن يكون وقتهما وقتا واحدا
وحالهما حالا واحدة ليجري ذلك مقتضى التخيير لأن التخيير لما وقع بين الكفارات الثلاث
كان موقعها ووقتها واحدا وكذلك جزاء الصيد فإذا ثبت ذلك وثبت أن الإمساك
لا يكون إلا بعد الرجعة وجب أن لا يكون التسريح الذي هو الطلاق إلا بعد الرجعة فإذا
ثبت ذلك في الطلاق الثالث ثبت في الثاني إذ لم يفصل أحد بينهما فإن قيل ما أنكرتم
أن يكون المراد بقوله تعالى فإمساك بمعروف إنما هو الرجعة فيكون الإنسان مخيرا بين
أن يطلق أو يراجع فلا يجب أن يكون الطلاق إلا له بعد الرجعة قيل له هذا ساقط
من وجهين أحدهما أن الإمساك ليس بعبارة عن الرجعة إنما هو عبارة عن القيام لها بما
يلزمه للامرأة أنه لا يمتنع أن يقال فلان راجع أهله ولم يمسكها ولو كان الإمساك عبارة
عن الرجعة لكان ذلك متناقضا فتبين أن الإمساك ليس هو الرجعة وإنما هو القيام لها بما
يلزمه بعد الرجعة والوجه الثاني أن المراد به لو كان هو الرجعة لم يكن القسمة
صحيحة إذ قد كان يكون ثالث غير الرجعة والطلاق وهو الترك لها حتى تنقضي عدتها
فتبين ومتى راجعها لم يكن بعد إلا ما ذكره الله تعالى من الإمساك بالمعروف أو التسريح
بالإحسان فكان الأولى أن يحمل الإمساك على ما قلنا ليتم مقتضى الظاهر ويؤكد ذلك
ما رواه أبو داود أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لعمر في ابنه مره فليراجعها حتى تطهر
ثم ~~طلقها~~ تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وإن شاء طلق فجعل صلى الله عليه وآله وسلم
الإمساك بعد المراجعة ۞ ومما يدل على ذلك ما مضى من حديث ابن عمر أنه طلق امرأته حائضا
فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال مره فليراجعها حتى تطهر ثم يطلقها
فلو أن الطلاق لم يتبع الطلاق لم يكن لأمره صلى الله عليه وآله وسلم بالمراجعة للطلاق
بعده معنى فدل ذلك على أن الطلاق الثاني لا يتبع بعد الطلاق الأول إلا متوسطا
الرجعة بينهما ۞ يكشف ذلك أن هذه الرجعة لا ترفع التطليقة الأولى ولا هي جارية مجرى
التوبة من إساءته بإيقاعها ولا هي مخيرة بحكم العدة فلم يبق وجه يكون أمره بها من أجله

غير ما ذكرناه من صحته ووقوع التطليقة الثالثة المسنونة ومما يدل على ذلك انه لا خلاف بيننا
وبين الشافعي ان المباين لا يلحقها الطلاق وهي معتدة فكذلك المطلقة طلاقا رجعيا
والعلة انها معتدة فوجب الا يلحقها الطلاق حتى يرتفع الثلم الواقع بالطلاق الاول
ويقال للشافعي وابي حنيفة لا خلاف بيننا وبينكم ان من قال لامراته المدخول بها
انت طالق ثلاثا انه لا يلحق بكل طلاق ما لم يرتفع حكم ذلك اللفظ فكذلك اذا قال
لها انت طالق والعلة انها معتدة من طلاق وليس لهم ان يدعوا ان علتنا لا تاثير لها لانها
موثرة على اصلنا اذ لا فصل عندنا بين قوله انت طالق وبين قوله انت طالق ثلاثا فان قيل
الزوج مالك للثلاث فوجب ان يتمكن منه ايقاعها واحدة بعد اخرى وان لم يتخللها الرجعة
قيل له لسنا نسلم انه مالك للثلاث على الاطلاق بل على شرط وهو ان يتخلل بين الطلاق
والطلاق ما يرتفع حكم الثلمة الواقعة بالطلاق الاول على ان هذا ينتقض على الشافعي
بالطلاق البائن وعليهما جميعا بالمنقضية عدتها فان قيل هو زوج بعد التطليقة الاولى
اذا كانت رجعية فوجب ان يتمكن منه طلاقها قيل له لا يمتنع من اجراء اسم الزوج عليه ومع
هذا لا يجوز طلاقه الا على الشرط الذي ذكرناه للادلة التي مضت الا ترى ان الناس قد اختلفوا
في طلاق السكران وطلاق المكره وطلاق الحائض وان لم يخرج الزوج من الزوجية وانما
اتفقوا على وكيد ما ادلة مع بقاء الزوجية فكذلك في مسالتنا ومما يوكد ذلك ان الثلمة الواقعة
بالتطليقة الثالثة ما لم يرتفع لم يكن الحاق الطلاق بها مشروعا وجب ان يكون ذلك حكم
كل ثلمة فهو اولى به واما ان الطلاق لا يتبع الطلاق البائن فالخلاف فيه بيننا وبين ابي حنيفة
دون الشافعي والكلام فيه اظهر لانهما ليسا زوجين لانهما لا يتوارثان ولان العصمة منقطعة
والمراة قد ملكت بضعها ويمكن ان يقاس على الاجنبية بمعنى انها لا تحل له الا بنكاح جديد فوجب
الا يلحقها طلاقه والخلاف ان الكنايات لا يلحقها الصريح قياسا على الاجنبية او يقاس الصريح على
الكناية بعلة انه من الفاظ الطلاق فوجب الا يقع عليها فان قيل روي عن هشام بن
عروة عن ابيه عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه واله وسلم قال المختلعة يلحقها
الطلاق قيل له الخبر قد قيل انه ضعيف وان ثبت كان المراد به ان الخلع طلاق وهذا التاويل
اولى لانه يعم المختلعات اجمع وما سواه لو ثبت يخص بعض المختلعات اذ فيهن من لا يطلقها بعد
الخلع فلا يلحقها طلاق بان على وجه من الوجوه والتاويل الذي يبقي العموم على جهته اولى
من المقتضي لتخصيصه وليس لهم ان يقولوا نقول بالوجهين جميعا اذ من مذهبهم انه لا يجوز

[illegible]

ان

ان يراد باللفظ الواحد معنيان مختلفان فان قيل فقد قال الله تعالى بعد ذكر الخلع فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فدل ذلك على ان المختلعة يلحقها الطلاق قيل له هذا بيان لحكم المطلقة التي هي المراد بقوله فامساك بمعروف او تسريح باحسان وقد بينا فيما تقدم انه يجب ان يكون بعد الرجعة او اعادة الزوجية ان كانت قد انقطعت فيجب ان يحمل على ذلك قوله سبحانه فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وما نحن وكلامنا في المسئلة جميعا فنقول ان الطلاق لا يتبع الطلاق الرجعي ولا البائن لان موضوع الطلاق انما هو لمن يؤثر في النكاح لانه اما يوجب قطع العصمة او يوجب فيه ثلمة ما وافاد ذلك ان يوجب قطع العصمة بانقضاء العدة ووجدنا الطلاق الثاني لا يؤثر فيه شيئا من التاثير غير حصوله في نفسه فوجب ان يشبه الطلاق الاجنبية والمعتدة عدتها ووجب ان لا يكون له حكم مسئلة ولو ان رجلا قال لامرأته انت طالق او قال انت طالق تطليقة او تطليقتين او ثلاثا او اكثر من ذلك او بعض تطليقة ونصف تطليقة واحدة وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب وهو قول القاسم عليه السلام رواه يحيى بن الحسين عليهم السلام في الاحكام عن احمد بن عيسى وموسى بن عبد الله وكذلك رواه عن جعفر بن محمد عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام وعن محمد بن علي عليهم السلام موقوفا ان الثلاث واحدة واليه ذهب بعض الامامية لا يقع الطلاق بالثلاث وروى ابو خالد عن زيد بن علي عليه السلام ان الطلاق الثلاث وقد روي ذلك عن ابي جعفر محمد بن علي عليه السلام واليه ذهب جماعة من الفقهاء

والدليل على صحة ما ذهب يحيى عليه السلام

قول الله تعالى الطلاق مرتان فاخبر تعالى ان الطلاق اجمع مرتان بعدهما ثالثة ووجب ان يكون ذلك حكم كل طلاق لان دخول الالف واللام تدل على الجنس ان لم يدل على العهد واذا ثبت ذلك وثبت ان من قال لامرأته انت طالق ثلاثا مطلق مرة واحدة ثبت بعد ذلك ان له ان يطلقها ثانية ثم تطليقة ثالثة بحكم الظاهر فان قيل ان الظاهر يقتضي جواز وقوع الثلث في طهر واحد اذ ليس فيه وقوع كل واحدة منها في طهر قيل له هذا لا يمنع منه على بعض الوجوه وان كان الفاعل لذلك مخالفا للسنة وليس هذا موضع الخلاف وانما الخلاف بيننا وبين خصومنا في هذا وهو ان يقول الرجل لامرأته انت طالق ثلثا وقد ثبت ان الظاهر يقتضي صحة وقوع تطليقة ثالثة بعدها على ما بينا فصح ما ذهبنا اليه فان قيل الا انه يدل على جواز وقوع الثلث في طهر واحد وبثلاث دفعات وان لم يحل بينهن رجعة واذا ثبت ذلك فلم يفرق احد بين قوله انت طالق ثلاثا وبين ما ذكرنا واذا ثبت ان قوله انت طالق ثلثا موجب

ثانية بعدها ثم تطليقة

ورد هذا لانه يوجد عن الائمة عليهم السلام وما كان من هذا القبيل

سمع

وقوع الثلث قيل له نحن انما استدللنا بالآية على ان الثلاث لا تقع بلفظة واحدة فاذا
ثبت لنا ذلك كان ما ذكرتموه كلاما في ان الطلاق بدعة اولا وهذا مما مضى الكلام
فيه مستقصى واما قولكم انه لم يفصل احد بين القولين فليس كذلك فان القوم علماؤهم
يذهب الى ان الثلث لا تقع بلفظة واحدة ويقول مع ذلك ان الطلاق بدعة الطلاق وقد
فصل بين المسئلتين وذلك يوضح سقوط ما سألتم عنه ومما يدل على ذلك ما اخبرنا به ابو
العباس الحسني رحمه الله تعالى نا عبد الرحمن بن ابي حاتم نا الحسن بن ابي الربيع حدثنا عبد
الرزاق نا معمر عن ابن طاوس عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم وابي بكر وسنتين من خلافة عمر الثلاث واحدة فقال عمر ان
الناس قد استعجلوا في امر كان لهم فيه اناة فلو امضيناه عليهم فامضاه ○ ونا ابو بكر المقرئ
حدثنا الطحاوي حدثنا روح بن الفرج حدثنا احمد بن صالح حدثنا عبد الرزاق حدثنا ابن جريج عن ابن
طاوس عن ابيه ان ابا الصهباء قال لابن عباس اتعلم ان الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد
رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وابي بكر وثلاثا من امارة عمر فقال ابن عباس نعم وفي
بعض الاخبار وصدرا من امارة عمر وروي عن محمد بن اسحق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس
ان يزيد بن ركانة طلق امرأته ثلاثا البتة فحزن عليها حزنا عظيما فقال له رسول الله صلى الله
عليه وآله وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا في وقت واحد فقال له تلك الثلاث واحدة
فراجعها ففي هذه الاخبار نصوص فيما ذهبنا اليه فان قيل فقد علمنا ان عمر لم يكن يعترض بالخلاف
على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فاذا ثبت ذلك ثبت انه قد علم نسخه قيل له لا يجوز
نسخ ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم بقول عمر بعده وقد احتمل ان يكون عمر لم يعرف
النسخ لنص فيه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ورأى ان المسئلة للاجتهاد فيها مسرح فمضى
بذلك ولو كان كذلك لروي عن عمر انه ذكر ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وانما هو مروي
عن ابن عباس على ان في الخبر الاول ما يدل على انه لم ينسخ اذ فيه ان الثلاث كانت على عهد رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم وابي بكر وقد علمنا انه لا نسخ بعد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
فكيف يكون بعد ايام ابي بكر فان قيل يحتمل ان يكون المراد بذلك اذا قال الزوج للتي لم
يدخل بها انت طالق وطالق وطالق قيل له هذا تخصيص للخبر من غير دليل وذلك مما لا يصح
فان قيل فقد روي ان رجلا طلق امرأته الفا فجاء بنوه الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
فقالوا يا رسول الله ان ابانا طلق امنا الفا فهل لنا من مخرج فقال ان اباكم لم يتق الله فيجعل له من امره مخرجا بانت منه

بثلاث

بثلث وتتبع ما به وتشيع وتشنعون انتم في عنقه فيدل ذلك على ما تذهبون اليه من انكار التعدد

لغو قيل له لسنا ننكر ان من طلق ثلاثا على الوجه الذي يقع بعضه البينونة وان ما زاد على

الثلاث لغو يكره ويلبس وفي الخبر ما يدل على موضع الخلاف لان الخلاف انما هو في قوله انت طالق

ثلاثا هل يكون موقعا للطلاق الثلاث ام لا وليس في الخبر ان الرجل طلقها ثلاثا او انها بلفظة

واحدة ويحتمل ان يكون ثلثا او اكثر على الوجه الذي يذهب اليه من يكرر اللفظ بعد المراجعة

فلا تعلق لكم بظاهر الخبر فان قيل فقد روي في حديث ابن عمر انه طلق امرأته حائضا

فامره النبي صلى الله عليه واله وسلم ان يراجعها انه قال فقلت يا رسول الله صلى الله عليه

واله وسلم ارايت لو كنت طلقتها ثلاثا اكان لي ان اراجعها قال لا كانت تبين وتكون معصية

بذلك على ان الثلث تقع قيل له الكلام في هذا الحديث كالكلام في الحديث الاول لانه سال

فقال لو كنت طلقتها ثلاثا فقال صلى الله عليه واله وسلم كانت تبين وهذا مما لا ينكره

ولم يقل لو كنت قلت لها انت طالق ثلاثا فان قيل فقد روي عن ابي سلمة بن عبد الرحمن

ان فاطمة بنت قيس طلقها زوجها ابو حفص بن المغيرة ثلثا بكلمة واحدة فلم يبلغنا ان رسول الله

صلى الله عليه واله وسلم عاب ذلك قيل له هذا الخبر معارض بما هو اولى منه وذلك ما روي عن ابن

شهاب عن ابي سلمة انها كانت عند ابي حفص فطلقها ثلاث تطليقات فهذا الخبر اوجب انه طلقها

ثلاث تطليقات متفرقات وروى ايضا ابن عبد الله انه سأل فاطمة بنت قيس فيهم بذلك وسألها

عن ذلك فاخبرته انها كانت عند ابي حفص وان النبي صلى الله عليه واله وسلم امر عليا عليه السلام

على بعض اليمن فخرج معه زوجها فبعث اليها بتطليقة كانت بقيت لها وهذا على ما دل عليه الخبر الاول

فاذا تعارض الخبران كان الثاني اولى لانه مروي عن فاطمة وهي اعرف بكيفية طلاقها واذا رد يحيى

عن ابي سلمة تقابلا وسقط الاحتجاج به ويرجع الى التابعين ما اعتمدناه وعلى نحو ما قلناه اجرى اصحاب

ابي حنيفة الكلام وهذا الخبر خبر احتج به عليهم اصحاب الشافعي وان لقد لا يتعلق به المدعى

فان قيل ان يزيد ابن ركانة طلق امرأته البتة فحلفه النبي صلى الله عليه واله وسلم بالله ما

اردت الا واحدة فلولا انه كان اراد الثلاث كان يقع ما كان لاستحلاف رسول الله صلى الله عليه

واله وسلم له معنى قيل له يجوز ان تكون وقع ما وقع من يزيد على سبيل الاولى لان المحمل ان البتة

قد يعبر بها عن الثلث ويعبر بها عن الواحدة البائنة ثم لما فسرها بالواحدة وادعت المرأة الثلث

استحلفه النبي صلى الله عليه واله وسلم وهذا لا يدل على انه جعل البتة بلفظة واحدة ثلثا في

الايقاع ويؤيد هذا التأويل ما قد علمناه من ان المستحلف لا تلزمه اليمين وانما تلزمه متى حصل

الدعوى والانكار وهذا يمنع استشهادهم به على انه لا فرق بينهم وبين الامامية اذا ادعوا ان

الثلث بلفظة واحدة لا يقع بها شيء واستشهدوا بهذا الخبر فقالوا اراد النبي صلى الله عليه واله

وسلم ان لا يوقع شيئا لو فسرها بالثلث حملوا على مذهبهم العرض في التحليف وما يدل على

ذلك ما اجمعنا عليه من انه لو قال انت علي كظهر امي ثلاثا لم يقع الاظهار واحد فكذلك اذا قال

عرفا علمه

انت طالق ثلاثا فالمعنى انه لفظ له مدخل في المنع من الوطي فوجب ان يستوي فيه وجود ذكر
العدد وعدمه وايضا فلا خلاف بين ابي حنيفة انه لو قال لها انت طالق ونوى ثلاثا انه
لا يقع الا واحدة فكذلك اذا قال انت طالق ثلاثا والعلة انه اوقع الطلاق مرة واحدة
فوجب الا يقع الا تطليقة واحدة ويقال ايضا لاصحاب ابي حنيفة قد اجمعنا في الكنايات انه
يستوي فيه نية الثلث ولفظه فوجب ذلك في الصريح والمعنى انه لفظ يقع به الطلاق فان
قيل انه قد ملك الثلث فوجب ان يصح منه ايقاعها كما انه لما ملك الواحدة صح منه ايقاعها
قيل له لا نمتنع من انه قد ملك الثلث وانه يصح منه ايقاعها لكنا نختلف في كيفية صحة ايقاعها
الا ترى انه وان كان مالكا للثلث فليس يصح وقوع الثلث بالصريح اذا لم يلفظ بالعدد عند ابي
حنيفة وعند من هو مالك للثلث وهذا لا يصح ايقاعه بمجرد اللفظ اذا عري عن العوض وهو ايضا قولنا
على ما بيناه فكل راي مما ملكه شرطا معه يبيح فكذلك مسألتنا ومما يوضح ما قلناه انا وجدنا
الايقاعات كلها لا تؤثر فيها ذكر العدد كالايلاء والايمان والظهار واللعان وعقود النكاح
والبياعات فوجب ان يكون الطلاق كذلك فاما ما ذهب اليه الامامية من ان الثلث لا يقع بها
شيء فلا معنى له لما روي ان الثلث كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه واله وسلم وابي بكر وصدر
من امرة عمر ولما روي ان يزيد بن ركانة طلق امرأته ثلاثا بكلمة واحدة فقال النبي صلى الله عليه
واله وسلم راجعها فانها واحدة على انهم لا يخالفون انه لو قال لها انت طالق لوقع به تطليقة
واحدة فوجب ان يكون زيادة ذكر العدد لا يمنع حصول حكمه واما ما روي عن امير المومنين صلوات الله
عليه وسلامه انه قال اياكم والمطلقات ثلاثا في مجلس واحد فانهن ذوات ازواج فانما يعني به اماهم
الواهبة فان صح ذلك يحمل على ان لازواجهن الرجعة عليهن مسألة قال ولو قال لاربع نسوة
او ثلاث نسوة بينكن تطليقة او نصف تطليقة او اقل او اكثر وقع على كل واحدة منهن تطليقة
واحدة وهذا منصوص عليه في الاحكام واصل المسألة التي مضت هو قول الرجل انت طالق نصف
تطليقة او ثلث تطليقة وقد بينا ان الطلاق يقع لقوله انت طالق ويستدل على ذلك بعموم قوله سبحانه
الطلاق مرتان وقوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فعمومها يقتضي وقوع الطلاق
مع ذكر النصف او اقل او اكثر وايضا فقد ثبت ان النصف والثلث ونحوهما له مدخل في الاحوال
كالبيع والوصية والاقرار والعتق فيجب ان يكون له مدخل في الطلاق فاذا ثبت ذلك في النصف
وجب ان يقع ذلك في النصف الثاني اذ لا يجوز التبعيض في الطلاق فاذا ثبت ذلك فقوله نصف
تطليقة وثلثها ثبت في قوله بينكما تطليقة اذ هو جار مجرى قوله كل واحدة منكما طالق نصف تطليقة
الا ترى انه لا فصل بين ان يقول لرجلين بينكما لكل واحد منكما نصف درهم وبين ان يقول بينكما
درهم وان لكل واحد منهما نصف درهم فكذلك كان لا يكون فصل بين ان يقول للمرأتين بينكما

تطليقة

بلغ

ذكره

تطليقة

تطليقة وبين ان يقول لكل واحدة منكما نصف تطليقة مسألة قال ولو قال لها
انت طالق انت طالق انت طالق لم يقع الا تطليقة واحدة سوا قال ذلك قبل الدخول او بعده
وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه ما قد مضى من ان الطلاق لا يتبع الطلاق
الا ان يتخلله حكم الطلاق الاول من الرجعة ان كان الطلاق رجعيا او بنكاح جديد
ان كان بائنا ولا وجه لاعادته مسألة قال ولو انه قال بعد الدخول انت طالق
ثم قال لها قد راجعتك ثم قال انت طالق ثم قال لها راجعتك ثم قال انت طالق وقعت ثلاث
تطليقات سوا قال ذلك في مجلس او مجلسين او اكثر من ذلك ولا يكون مطلقا على
السنة وان اراد ان يطلق على السنة اوقعها في ثلاثة اطهار من غير جماع فيها ويراجع
بين كل تطليقتين ما ذكرناه اولا من وقوع الثلث على الحد الذي وصفناه منصوص عليه
في المنتخب وما ذكرناه من وقوعها على السنة نص عليه كلامه في الاحكام حيث يقول لمن
طلق طلاق السنة لا لاجل التطويل ويكون ذلك عقوبة له على الاستدراك امره بغير الرجعة
فقلنا ان طلاق الثلث يقع على ما بيناه اولا لانا قد بينا ان الطلاق واقع على كل حال بعد
ان تكون الزوجية الكاملة حاصلة وان وقوعه على خلاف السنة لا يؤثر فيه لاجازة النبي صلى الله
عليه وآله وسلم طلاق ابن عمر وهو اذا طلقها ثم راجعها فان الزوجية كاملة كما كانت
وجب ان يصح الطلاق الثاني وكذلك الثالث ويدل على ذلك ما روي ان ابن عمر قال
قلت يا رسول الله ارايت لو طلقتها ثلثا قال كانت تبين وكنت تعصي ربك فدل على ان
الطلاق الثلث يقع في حيضة واحدة واذا قد ثبت ان الطلاق لا يتبع الطلاق فلا بد من ان
يكون وقوعها على ما قد بيناه من توسط الرجعة بين كل تطليقتين وقلنا ان من اوقع
الثلث في طهر واحد لم يكن موقعا لها على خلاف ما امر به وبه قال ابو حنيفة خلافا
للشافعي لما روي ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم اتي برجل طلق امراته البتة فقال
لبنيه ان اباكم لم يتق ربه فلم يجعل له مخرجا بانت منه امراته بثلث على غير السنة
ويدل على ذلك قول الله تعالى فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة واحصا العدة لا يكون
الا للرجعة فدل ذلك على ان التطليقة المندوب اليها هي التطليقة التي بعدها الرجعة
متاع ويدل على ذلك قول الله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا المراد به المراجعة
فان قيل يجوز له ان يطلقها تطليقتين معا قيل له اذا ثبت ان المندوب
هو ان يطلق التطليقة الرجعية فلا قول بعده الا قول من يقول في ثلاثة اطهار
حتى يكون موقعا للسنة فاما ما روي ان فاطمة ابنة قيس طلقها زوجها ثلاثا بكلمة واحدة
فلم يبلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عاب ذلك فقد مضى من الكلام فيه
ما يغني عن الاعادة ولا خلاف انه نهى عن ايقاع الطلاق في الطهر الذي وقع فيه الجماع

والعلة فيه انه موقع على خلاف السنة والمنهي عنه فيجب ان يكون منهيا عنه فكذلك الطلاق
الثلث الموقعة في طهر واحد ومخالفنا لا ينكر انه مطلق على غير السنة والمسنون الا انه
يقول انه مباح ويمكن ان يقاس بهذه العلة على الطلاق في الحيض على انه اجماع الصحابة
فقد روي عن علي عليه السلام انه قال لو ان الناس اخذوا بما امر الله في الطلاق ما
اتبع رجل نفسه امراة يبغضها انه كان لا يطلقها طلاقا الا ارتجعه فيه وروى هناد باسناده
عنه صلى الله عليه وآله وسلم قال من طلق طلاق السنة لم يندم وروي عن عمر انه
كان اذا اتى برجل طلق امراته ثلاثا في مجلس واحد اوجعه ضربا وفرق بينهما
ولا يجوز ان يضرب على المباح ولا على امر عرفه بالاجتهاد فدل ذلك على انه عرف النهي
نصا وروي عن ابن عباس ان رجلا جاءه فقال اني طلقت امراتي ثلثا فقال ان احدكم
يطلق فيركب الاحموقة ثم يقول يا ابن عباس وان الله تعالى يقول ومن يتق الله يجعل له مخرجا
وانك لم تتق الله فلم اجد لك مخرجا عصيت ربك وبانت منك امراتك وروي نحوه عن غيرهم من الصحابة
كابن مسعود وغيره ولم يرو خلافه عن احد منهم فكان ذلك جاريا مجرى الاجماع في صحة
ما قلناه وقد استدل على ذلك بما روي ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لابن عمر حين طلق امراته
حائضا مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض وتطهر ثم يطلقها ان شاء فلولا ان السنة تقتضي ان
يكون بين الطلاق حيضة لم يكن لقوله صلى الله عليه وآله وسلم حتى تطهر ثم تحيض وتطهر
معنى بل كان يقول حتى تطهر ثم يطلق. مسألة قال والعبد يطلق كما
يطلق الحر فاذا لم يكن الرجل دخل بالمراة لم يمكنه ان يطلقها ثلاثا حتى يجدد النكاح ثلثا
ما ذكرناه من ان العبد يطلق كما منصوص عليه في الاحكام والمنتخب وقد قدمنا الكلام فيه
في كتاب النكاح في مسألة نكاح العبيد فلا وجه لاعادته وما ذكرناه من ان التي لم يدخل بها
لم تطلق ثلاثا الا ان ينكح ثلاثا فما اقتضته اصوله وذلك انا قد بينا ان الثلث لا يقع بلفظ واحد
فلا سبيل الى ان يطلقها ثلاثا الا على الوجه الذي بيناه من تجديد نكاحها اذ رفع حكم ما يقع عليها
من الطلاق انما هو بتجديد النكاح فقط. مسألة وقال القسم عليه السلام واذا طلق
الرجل امراته وهي حائض راجعها ثم فارقها على السنة ان شاء وهذا منصوص عليه في مسائل
النيروسي ونص ايضا في المنتخب عليه ونص فيه على ان الرجعة مستحبة وليست بواجبة وبه
قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك الرجعة واجبة والذي يدل على انها مستحبة وليست
بواجبة امر النبي صلى الله عليه وآله وسلم لابن عمر حين طلق امراته حائضا والمامور به اقل
ما فيه ان يكون مستحبا كما ان ما لا يتم الواجب الا به يكون واجبا الا ترى ان الطهارة للصلوة

المكتوبة واجبة والصلوة النافلة نافلة فاما ما يدل على انها غير واجبة قول الله تعالى وبعولتهن
احق بردهن في ذلك ان ارادوا فعلق الرجعة تعالى بالارادة فدل على انه ليس بواجب وفي
بعض الاخبار في حديث ابن عمر ليطلقها ان شاء والشرط عاد على جميع ما تقدم ذكره انه
صلى الله عليه وآله وسلم قال مره فليراجعها ان شاء ويدل على ذلك ايضا انا قد بينا
ان الامر بالرجعة لا وجه له الا ليقع الطلاق الثاني واذا ثبت ان الطلاق الثاني لا يجب لم يجب
الامر الذي امر به ليقع الطلاق كما بينا ان طهور النافلة فلم يجب ان يكون فعلا غير واجبة
ويؤكد ذلك ان الرجعة حق للزوج فلا يجب استيفاؤه دليله سائر الحقوق مسألة
قال ولو ان رجلا قال لاهله انت طالق الى شهر او الى سنة او اقل او اكثر وقع
الطلاق عند انتهاء المدة المذكورة وهذا منصوص عليه في الاحكام والمقنعة وبه قال ابو حنيفة
والشافعي وقال مالك يقع في الحال والاصل فيه ان النكاح ثابت ولا يمضي الا بدليل ولا دليل
لهم الا ان يقولوا انه لفظ الطلاق فوجب ان يقع لان الملفوظ به قد لا يقع حكمه عندنا وعندكم
على وجوه كثيرة كطلاق المكره والمعتوه وليس له ايضا ان يقول انه لفظ له حكم فيجب ان يقع
في الحال لانه يلفظ بالطلاق المعلق على الشرط فلا يقع والذي يدل على ذلك انه
لا خلاف انه اذا قال انت طالق اذا قدم زيد انها لا تطلق قبل قدوم زيد فكذلك اذا قال
انت طالق الى شهر والعلة انه طلاق معلق على شرط فوجب الا يقع الا مع حصول ما علق به فان قيل
هذا يؤدي الى ان يتعلق النكاح بزمان مخصوص وذلك فاسد بدلالة ان من تزوج امرأة الى شهر
لم يصح نكاحه قيل له لم يفسد النكاح الذي ذكرت لتعلقه بالزمان لان الامر انه اذا علق الطلاق
بقدوم زيد تعلق النكاح بالزمان الذي بينه وبين قدوم زيد وانما فسد النكاح اذا تزوج بها
الى شهر لانه استثنى بعض ما وجب للفظ لان لفظ النكاح اقتضى الاستدامة فصار الشرط كالاستثناء
يجري ذلك مجرى الناقض للعقد على ان الطلاق اذا صح تعليقه على الشرط فارق حاله حال النكاح الذي
لا يصح ذلك فيه على ان قياسهم لو صح لوجب ان يبطل الطلاق اصلا كما ابطلنا هم النكاح في
الموضع الذي اعتمدوه فان قيل بين ما اعتمدتموه وذكرتموه من تعليق الطلاق بالصفة والشرط وبين
ما اختلفنا فيه فرق لان ما جعلتموه اصلا قد يحصل ويجوز الا يحصل لا محالة قيل له الاختلاف فيما ذكرتم
لا يمنع من القياس فلا وجه لتعلقكم به على انه لا فرق بين تعليق النكاح بامر قد يقع ولا يقع
وبين تعليقه بامر واقع لا محالة ووجب ان لا يكون فرق بين تعليق الطلاق بهما لان كل واحد منهما
حكم يختص البضع فان قيل المكاتبة لما كانت يتعلق زوال الملك بزمان وجب تحريم الوطء في
العقد فكذلك الطلاق المعلق بزمان واذا ثبت تحريم الوطء فلا قول بعده الا القول بوقوع الطلاق
قيل له لا فرق بينكم وبين من قلب ذلك عليكم فقال لما كان الملك بالمكاتبة لا يزول الا بحصول
ما علق به من الشرط وجب مثل ذلك في الطلاق واذا ثبت ذلك فلا قول بعده الا قول من قال

بانا نجعل الوطء الى آخر الوقت المعلق به على ان ما استدل به من ذلك ينتقض عليهم لمن كتبه اذا علق
زوال الملك بما يجوز ان يحصل ويجوز ان لا يحصل وعندهم ان الطلاق متى علق بمثله خالف حكمه حكم
العتق الواقع بالكتابة في الوجه الذي جمعوا بينهما لاجله الا انه لو قال انت طالق وقت قدوم
زيد فلا خلاف بيننا وبينهم ان من يرى الوطء لا يقع حتى يقع قدوم زيد وهذا يسقط ما ذكروه
ويدل على ما ذهبنا اليه قوله الله تعالى اوفوا بالعقود وهو قد عقد الطلاق الى مدة فوجب
ان لا يغير حكم عقله وقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم المؤمنون عند شروطهم مسألة
قال ولو انه كتب اليها انت طالق اذا اتاك كتابي هذا وقع الطلاق يوم يأتي الكتاب فان
ضاع الكتاب واحتبس عنها لم يقع الطلاق وان كتب انت طالق وقع الطلاق يوم كتب وهذا
منصوص عليه في الاحكام والمنتخب وروي عن القاسم عليه السلام وبه قال ابو حنيفة والشافعي
والاصل فيه ان الكتابة جارية مجرى الكلام لوجهين احدهما ما ثبت عن النبي صلى الله عليه
وآله وسلم انه اجراها مجرى الكلام في مكاتبته من كاتب داعيا الى الاسلام والشرائع حتى لم يفصل
بين من خاطبه شفاها في ذلك وبين من كاتبه في لزوم ما كان صلى الله عليه وآله وسلم والثاني ان
العرف قد حصل بين الناس بانهم يخاطبون بالمكاتبة كما يخاطبون بالملافظة لا يمتنع ان يقال
ان الكتابة في ذلك ابلغ لانه خطاب للغائب والحاضر فاذا ثبت ذلك ما قبل ما جرى بها ان يجري
مجرى الكتابات في الطلاق في وقوع الطلاق بها فاذا صح ذلك صح ما قلناه من ان المطلق منها
يوجب وقوع الطلاق في حال الكتابة والمعلق منها على شرط وصول الكتاب ونحوه يقع بحصول
الشرط كما صح ذلك في سائر الفاظ الطلاق مسألة قال ولو ان رجلا له ثلاث نسوة
او اربع نسوة فاوقع الطلاق على واحدة منهن مجهولة طلق من لم يطلق منهن ثم راجع من احب
ان راجعها منهن ولو كانت المسألة بحالها ومات الزوج فكأنه لم يطلق جميعهن منصوص عليه في
الاحكام ومعنى ما قلناه ان الزوج اذا مات فكأنه لم يطلق انما هو في حكم الطلاق والارث دون
العدة اذ قد نص في الاحكام على ان الجميع تعتد باخر الاجلين ووجه قولنا انه اذا لم
يعرف المطلقة منهن يطلق من لم يطلق منهن ثم يراجع من احب منهن انه لا لبس ثم لا يرتفع بذلك
فان قيل فهلا راجع من طلق من غير ان يطلق البواقي قيل له لا يفعل ذلك لوجهين احدهما
ان الرجعة لا تصح على الشرط ولا مع الجهالة كما يصح الطلاق المشروط مع الجهالة لو صح ان يطلق
بقوله من لم يطلق فهي طالق ولا يقول قد راجعت من طلقت والثاني ان ذلك واضح فلا لبس
فايهم بانه لا ينفصل من من عشرة على يطلقها او اكثر من ذلك فاذا فعل ما ذكرنا انكشف الامر
فيه وقلنا انه ان مات مع الحال لبس فكأنه لم يطلق ويريد حكم الطلاق والارث لان حكم
الطلاق لا يتميز اذا الرجل قد مات ولم يعين والارث ايضا بينهن على سواء ربعا كان او ثمنا
مسألة قال ولا مدخل للنية في ان يصير بها الرجعي بائنا والرجعي بائنا وهل ما دل عليه

اصول يحيى عليه السلام في الاحكام وغيره والاصل فيه ما بيناه من ان اليمين تتبع في
المحلوف بها لوقوع التطليقة الثالثة او لوقوع الطلاق على عوض وان الطلاق اذا وقع
لا على عوض فلا رجعة فيه وثبوت ما ذكرناه يبين ان اليمين لا تتبع حال اليمين دون الحانث

باب القول فيما يقع من الطلاق

وما لا يقع لا يقع الطلاق الا بالنية وهذا مما قد نص عليه في فتاوى يحيى
بن الحسين عليه السلام في الاحكام وغيره والدليل قول الله عز وجل فان فاؤوا فان الله غفور
رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فجعل حكم المولي بالفيء وارادة الطلاق فثبت
ان الطلاق لا يقع دونها وايضا روي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم انه قال الاعمال بالنيات
وانما لامرئ ما نوى فقصر ماله على ما نواه فمن لم ينو الطلاق فيجب ان لا يكون له طلاق فان قيل
فقد روي ثلث جدهن جد وهزلهن جد احداهن الطلاق قيل له هذا يقتضي وقوع طلاق
الهازل فقط والهازل قد يكون قاصدا وليس فيه خلاف لما ذهبنا اليه ولا خلاف في الكنايات
انها لا توجب الفرقة ما لم ينو بها الطلاق فكذلك الصريح والمعنى انه لفظ له مدخل في ايقاع الفرقة
ولا خلاف ايضا ان من اتى بلفظ الطلاق على وجه الحكاية وما جرى مجراها لم تقع الفرقة فكذلك
ما اختلفنا فيه والمعنى انه لفظ طلاق لم تقارنه النية والذي يحصل الوفاق بيننا وبين
الشافعي ان طلاق المكره لا يقع فيجب ان لا يقع طلاق من لم يقصد الى الطلاق والعلة عدم القصد
يدل على ذلك انه لو قصد الى ايقاع الطلاق في حال الاكراه لوقع بالاتفاق فبان ان المانع من
وقوعه هو عدم القصد فان قيل الاتفاق بين المسلمين وحصول الفرق بين الكناية والصريح ولكم
تقتضي التسوية بينهما انهم ايضا موجود الخلاف والاجماع قيل له نحن ايضا نفرق بينهما بضرب من الفرق
وذلك انا لا بد من الذي يأتي بالصريح في القضاء ولا نجعل القول قوله مع يمينه وانما ندينه فيما بينه
وبين الله تعالى والذي يأتي بالكناية ندينه في القضاء ونجعل القول قوله مع يمينه واذا
جعلنا بين الصريح والكناية ضربا من الفرق سقط اعتراضهم هذا ويؤكد ما ذهبنا اليه قوله
صلى الله عليه وآله وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وهذا في حكم المخطئ
والناسي اذ لا قصد لهما الى الطلاق وليس لاحد ان يتأول ذلك على الاثم فقط لانه يجب حمله على جميع
الاحكام ومنها الاثم **مسألة** قال ولا يقع طلاق المكره ولا طلاق الصبي حتى يبلغ ولا
طلاق المجنون ولا المغلوب على عقله لاي علة كانت حتى يعقل وجميعه منصوص عليه في الاحكام اما
طلاق الصبي والمجنون والمغلوب على عقله فلا خلاف انه لا يقع واما طلاق المكره فما ذهبنا اليه
فيه قالت الامامية والناصر عليه السلام وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة هو واقع والدليل على
ما ذهبنا اليه من ذلك ما اخبرنا به ابو بكر المقرئ حدثنا الطحاوي حدثنا ربيع بن سليمان الجيزي حدثنا بشر بن بكر حدثنا
الاوزاعي عن عطاء عن عبيد بن عمير عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

تجاوز الله عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وفي بعض الاخبار رفع عن امتي الخطأ وكل ذلك
دال على ان المكره على شيء كان موضوعا عنه وهذا راجع الى الشيء موجب ان تكون المكره على الطلاق
لا حكم لطلاقه **فان قيل** هذا الحديث لا ظاهر له لان قوله رفع عن امتي كذا وكذا ظاهره يقتضي
ان ذلك لا يقع وقد ثبت ان الاكراه يقع فاذا المراد به غير ظاهره **قيل له** واذا ثبت ان المراد بالفعل
ما يتعلق بالاكراه والنسيان من الاحكام وجب ان يكون عاما في جميع الاحكام كما ان قوله تعالى حرمت
عليكم الميتة وامهاتكم لما ثبت ان المراد به افعالنا فيهن كان عاما في جميع افعالنا الا ما خصه الدليل
فاذا ثبت ذلك ثبت ان ما تعلق به يكون عاما في جميع الاحكام فاذا انها قد رفعت عنهم لانهم
غير مأخوذين بها فثبت بذلك ان وجودها كعدمها ويدل على ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم
لا طلاق في اغلاق والاغلاق هو المنع وهو خلاف التخلية والمكره مغلق عليه وجب ان لا يقع طلاقه
فان قيل فالمكره غير مغلق عليه في التصرف من سائر الوجوه فلا يجوز ان يتناوله الاسم لانه ملحق بمن
اغلق عليه الباب ومنع التصرف من جميع الوجوه وهذه صفة المجنون والصبي دون المكره **قيل له** لا يقتضي
ان يكون ممنوعا من جميع التصرف الا ترى ان من اغلق عليه الباب غير ممنوع من التصرف من حيث هو وانما منع
من ضرب من التصرف وهو الخروج فكذلك المكره على الطلاق لاجل ان الطلاق لا ساوله الاسم
لمكنه من سائر التصرف اذا كان ممنوعا من ان لا يطلق فحصول المنع من هذا الوجه يجعله مغلقا عليه
ويدل على ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم الاعمال بالنيات وانما لامرئ ما نوى اخبرنا بذلك
ابو بكر المقري حدثنا الطحاوي حدثنا يونس ثنا ابن وهب ان مالكا حدثه عن يحيى بن سعيد عن محمد بن ابراهيم
بن الحرث التيمي عن علقمة ابن وقاص الليثي انه سمع عمر بن الخطاب يقول على المنبر قال رسول الله
صلى الله عليه وآله وسلم انما الاعمال بالنيات وانما لامرئ ما نوى فمن كانت هجرته الى الله تعالى والى رسوله صلى الله
عليه وآله وسلم فهجرته الى الله ورسوله ومن كانت هجرته الى دنيا يصيبها او امرأة يتزوجها فهجرته الى ما
هاجر اليه فاذا ثبت ان الاعمال بالنيات وكان الظاهر من المكره انه غير قاصد الى فراق امرأته وجب ان لا
يكون له طلاق **فان تعلقوا** بالظاهر من قوله تعالى الطلاق مرتان والمطلقات يتربصن
بانفسهن وقوله فان طلقها فلا تحل له من بعد **كان الكلام فيه** من وجهين احدهما انه يتعرض من
حصول الاثم اذ يكون ذلك مخصوصا بما احتججنا به ويكون استعمالنا اولى لانها اخص بموضع الخلاف فان
قيل روي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان رجلا كان نائما مع امرأته فاخذت سكينا فجلست
على صدره ووضعت السكين على حلقه وقالت طلقني ثلاثا والا ذبحتك فناشدها الله فابت عليه فطلقها
ثلاثا فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال لا قيلولة في الطلاق قيل له هذا الخبر يحتمل
وجهين كل واحد منهما يمنع تعلقكم به احدهما انه يجوز ان يكون الرجل قصد الى طلاقها وعرف النبي
صلى الله عليه وآله وسلم منه ان عدم الاكراه لا يؤثر في ذلك اذا كان قد قصد الى ايقاعه والثاني
والثاني ان يكون ادعى الاكراه واقر بالطلاق فلزمه الطلاق ولم يكن للاكراه حكم اذ لم يثبت الا بدعواه

فان

فان قيل قد روي عنه انه قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والنكاح والرجعة
قيل له المكره ليس بهازل ولا نية له ولا لفظا هو مختار فان قيل الهازل لا يكون قاصدا فاذا لم يكن
قاصدا ووقع طلاقه فليلحق به حكمه لعلوه باللفظ المكره والحاكي قيل له الهزل لا يمنع القصد
فيبطل تعلقهم بالخبر ومما يدل على ذلك انه كلام يتعلق الحكم به لو وقع على وجه دون وجه
اذ لا خلاف ان الحاكي والقارئ لكتاب الطلاق لا يلزمه الطلاق اذ لا يحصل حكمه مع الاكراه
قياسا على البيع والعقود بان الله ثالث ثلاثة تعالى الله عن ذلك لا يلزم على ذلك حصول الاسلام
من تكلم بهما مكرها لان ذلك الكلام يقتضي الصلوح على اي وجه وقع ولا يلزم عليه القتل والوطء
لانهما ليسا بكلام ومع ذلك فحكمهما مقصور على جنسهما واما الاحكام التي لا تقتصر على جنسها فانها لا
تحصل مع الاكراه فبان به صحة ما اعتمدناه والاصول كلها شاهدة بصحته فيما استشهدنا لها
اذ العقود كلها من الاجارات والهبات والرهون شتى وغير ذلك وكذلك سائر الافعال التي تحصل
احكامها وتنقض عنها على بعض الوجوه سواء بينها وبين الطلاق لا خلاف انه اذا اكره على الامر [illegible] الطلاق
لم يقع الطلاق وكذلك اذا اكره على الفاتحة والمختار ان معه اشارة فقد الرضى على اللفظ
وجب ان لا يلزمه حكمه ويمكن ان يقاس هذه العلة على من اكره على اللفظ بالكفر ويمكن ان يقاس
المكره على الصبي والمجنون بعلة ان كل واحد منهم على حالة لا يصح معها عقود من بيع واجارة او نحوها
فان قيل لسنا نسلم ان بيع المكره لا يقع بل نقول انه موقوف قيل له نحن عللنا لالزام الطلاق ولا
خلاف ان بيع المكره لا يلزم فوضح سقوط ما سألوا عنه على انا لو جعلنا الكلام في الشراء الموقع
هذا السؤال لسقط لانهم لا يجوزون الشراء الموقوف ويقوي ما ذكرنا قوله تعالى لا اكراه في الدين وبها ما
ذكرناه من طلاق الصبي والمجنون وزائل العقل لا يقع كما نشا لا يقع لهما لا خلاف فيه وروي عن النبي
صلى الله عليه واله وسلم انه قال كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله
فنبه صلى الله عليه واله وسلم على ما ذكرناه. مسألة قال ولا يقع الطلاق قبل النكاح
وهو منصوص عليه في الاحكام واليه ذهب القاسم عليه السلام والناصر وهو المروي عن جعفر بن محمد وزيد بن علي عليهم
السلام وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة قد يصح قبل النكاح والاصل فيه ما اخبرنا به ابو سعد
الابهري حدثنا ابو بكر محمد بن بشر حدثنا يحيى بن نصر حدثنا ابن وهب عن ابن ابي حازم عن ابن عمر ان النبي
صلى الله عليه واله وسلم قال لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل الملك ولا رضاع بعد فطام ولا يتم بعد
احتلام وروي عن زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام قال قال النبي صلى الله عليه واله وسلم
لا طلاق ولا عتاق الا لما ملكت عقدته وروى عبد الرزاق عن معمر عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة
عن علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه واله وسلم قال لا رضاع بعد الفصال ولا يتم بعد الحلم
ولا طلاق قبل النكاح وروى عبد الرزاق عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن معاذ ان
رسول الله صلى الله عليه واله وسلم قال لا طلاق قبل النكاح ولا نذر فيما لا يملك ويدل على ما
ذهبنا اليه ان الطلاق اسم للفظ الذي يقتضي الفراق فقوله صلى الله عليه واله وسلم لا طلاق

قبل النكاح بعد انه لا لفظ يقتضي الفرقة قبل النكاح فان قيل نحن نقول ان الطلاق لا يقع
قبل النكاح وهو الذي يفيده الخبر وانما الخلاف في انه لا يقع بعقد قبل النكاح او بعد عقد
قيل له هذا يسقط من وجهين احدهما ان الطلاق على ما بيناه لفظ يفيد الفرقة اما في حال
او بعد زمان والنبي صلى الله عليه وآله وسلم نفى حصول لفظ هذا حكمه قبل النكاح فيسلبه
وكذا للفظ لا الحكم له ويبطل قولكم ان المراد به الوقوع دون الانعقاد والثاني انه اذا نفى اللفظ
مع العلم بحصوله وجب ان يكون مصروفا الى احكامه ولم يكن بعض احكامه بالنفي اولى من بعض
فوجب ان يدل على انه لا يحصل شيء من احكامه قبل النكاح لا الوقوع ولا الانعقاد ومن خصص
بالنفي بعض الاحكام كان مفتقرا الى دلالة ويدل على ذلك ايضا ما اجمعنا عليه ان رجلا لو قال
لاجنبية انت طالق لم ينعقد الطلاق وكذلك اذا علقه بالزوج وكذلك والعلة انه ايقاع
الطلاق قبل النكاح ولا خلاف ايضا انه لو قال انت طالق اذا دخلت الشهر او في رأس الشهر وقد
تزوج [illegible] الطلاق لا يقع وكذلك ان قال لها ان تزوجتك فانت طالق والعلة انه اوقع الطلاق
قبل النكاح او يقال اوقع الطلاق على من لا يملك عقده نكاحها وايضا لا خلاف ان وقوع الطلاق اذا
صادف حال عدم النكاح انه لا يحصل به حلا فان رجلا لو قال لامرأة اذا انت مني فانت طالق
ان الطلاق لا يقع وكذلك عقده لا يحصل مع عدم النكاح والعلة انه حكم يختص الطلاق
ولا يلزم عليه العدة لانها لا تختص الطلاق الا ترى انها تجب بعد الفسخ وان لم يكن طلاقا وبالوطء عن
شبهة وكذلك المطلقة التي لم يدخل بها لا يجب عليها لانها عدة فان قيل المطلقة ثلاثا
بحرم
تحرم نكاحها على المطلق قبل ان تنكح زوجا غيره وهذا التحريم من حكم الطلاق وان كان حاصلا
مع عدم النكاح قيل له نحن عنينا بقولنا انه لا يحصل التجدد دون الاستمرار وهذا التحريم حصل
مع وقوع الطلاق المصادف للنكاح فسقط ذلك فان قيل قد علمنا ان من علق النذر [illegible]
شرطا صحيحا لطلاق النكاح ثم قد اجمعنا [illegible] من قال ان شفاني الله من علتي فعلي ان املك فلانا
ان اعتقه ان النذر صحيح وكذلك من قال ان تزوجتك فانت طالق والعلة انه مضيف
لكل [illegible] سببا الى الملك قيل له ان النذر على وجهين منه ما يتعلق بالذمة وذلك ليس من شرطه
الملك الا ترى انه لو قال ان شفاني الله من علتي فعلي ان اتصدق بالف درهم وعلي ان اعتق
عبدا صح ذلك وان لم يملك في الحال الدراهم والعبد وسوى علقهما بالملك او لم يعلق والوجه
الثاني ان يقول ان شفاني الله فسالم حر وهذا المال صدقة وهذا لا يصح الا ان يصادف
الملك ولا فصل بينه وبين الطلاق فبان ان العلة فيما ذكروه من النذر انه يتعلق بالذمة ولا
يتعلق بشيء بعينه وليس كذلك في الطلاق لانه لا يتعلق بالذمة على وجه من الوجوه على انه لو سلم
لهم قياسهم كانت قياسنا اولى لاستناده الى النظر [illegible] ولانا رددنا الطلاق
الى الطلاق وهم ردوه الى غير الطلاق ولان سائر ما يوجب رفع النكاح يشهد لنا لانا وجدنا

بجميع

جميع ذلك على ضربين ضرب منها يحصل قبل النكاح مع حصول النكاح كالردة والرضاع
وعلى مذهب من يجعل الزنا الموجب لرفع النكاح وضرب لا يقع حصوله قبل النكاح كون
اللعان فلم يجز ان يكون الطلاق مما يقع حصوله قبل النكاح ثم يرفع النكاح الثابت بعده
لان الاصول كلها على خلاف ذلك ويشهد ايضا لصحته ما ثبت ان البيوع والهبات لا يجوز ايقاعها
قبل الملك لا عقدا ولا وقوعا ولا يلزم على ذلك ما نجيزه من البيع الموقوف لانا نجيزه في المملوك
اذا كان بيعه على صاحبه واما بيع ما ليس بملك لاحد فلا خلاف انه لا يجوز وحكي عن مالك انه
قال ان قال لامرأة بعينها او من قبيلة بعينها او من بلد بعينه طلقت وان قال لكل امرأة اتزوجها
فهي طالق لم يقع الطلاق وحكى ابو بكر الجصاص نحوا منه عن الشعبي وابراهيم وجميع ما ذكرناه
يحجهم ويقاس عليه ولم يفرق ذلك في امرأة بعينها على من عمم لانه طلاق قبل النكاح ⊙

مسألة قال وطلاق السكران واقع ويقع الطلاق في الحيض نص [illegible] على ان طلاق
السكران واقع وكذلك عتقه خرجه ابو العباس الحسني رحمه الله تعالى في النصوص على [illegible] من زال
عقله بالسكر وحكاه عن احمد بن يحيى رضي الله عنه وبناه على قول القاسم عليه السلام في بيع السكران
وشرائه انهما جائزان اذا لم يكن زال عقله ونص يحيى عليه السلام يدل على ما ذكرناه لانه قال في
الاحكام وطلاق السكران وعتقه جائز ليس الذي ازال عقله جنايته فدل ذلك على انه لو تقدم زوال
العقل والذي يدل على ما ذهب اليه يحيى بن الحسين عليهم حديث زيد بن علي عن ابيه عن جده
عن علي عليهم السلام قال طلاق السكران جائز وروي نحوه عن عمر وابن عباس وعندنا ان ما روي عن علي
عليه السلام يجب اتباعه ويدل على ذلك الظواهر الواردة في الطلاق نحو قوله الطلاق مرتان
وقوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وقوله وان طلقتموهن من قبل ان
تمسوهن وكل ذلك عام في السكران والصاحي ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه واله وسلم
لا قيلولة في الطلاق وهو عام في طلاق السكران وغيره ويدل على ذلك ما روي ان عمر
استشار الصحابة في حد الخمر فقال علي عليه السلام انه اذا سكر هذى واذا هذى افترى واذا افترى فارى ان يحد عليه
حد المفتري فما افترقوا ولم يروا ان احدا منهم انكر ذلك فدل ذلك على ان السكران اذا قذف لزمه الحد واذا
ثبت ذلك وجب ان يقع طلاقه دليله الصاحي لما كان مؤاخذا بقذفه وقع طلاقه ويشهد
لقياسنا المغمى عليه والمجنون والصبي فانهم لما لم يؤاخذوا بقذفهم لم يقع طلاقهم ويوضح قياسنا
ان الحد يسقط بالشبهة ولا يسقط الطلاق فاذا كان السكران مؤاخذا بما يسقط بالشبهة
ولم يكن سكره موجبا للشبهة وجب ان يؤاخذ بالطلاق ولم يجعل سكره شبهة فانه
لم يسقط بعضا الطلاق فان قاسوه على المجنون والمغمى عليه بعلة زوال العقل قيل
لهم انه يشهد لقياسنا على انا قد علمنا ان المجنون والمغمى عليه لا يتعلق الحكم بشيء من اقوالهم

فكان تلفظه بالطلاق كسائر ألفاظهم وقد بينا أن فرق السكران يتعلق به حكم فلم يجز أن
يكون سبيله سبيل المجنون والمغمى عليه ويؤكد ما ذهبنا إليه قول الله تعالى إنما يريد الشيطان
أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر فجعل تعالى العداوة الواقعة عن الخمر حكما
وهو لا يقع إلا وحال السكر فثبت أنه قد يتعلق الحكم بأفعال السكران فإن قيل
إذا كنتم تقولون أن الطلاق لا يقع إلا بالقصد وتمنعون وقوع طلاق المكره لما
معه من الأمارة الدالة على عدم قصده فما أنكرتم أنه يلزمكم القول بأن طلاق
السكران لا يقع لمثل ذلك قيل له أما القصد فلا يمتنع حصوله من السكران فلا سؤال
في هذا وأما الأمارة فقد القصد فلم يحصل معه كما حصل مع المكره لأن الإكراه إنما يكون
على الأمر الذي يكون المكره كارها لفعله وحصول الكراهة مانع من حصول الإرادة
وليس كذلك السكر لأنه لا يمنع حصول الإرادة ولا يضامه أمر يمنع حصولها فبان أن
الاعتراض ساقط عنا وأما الطلاق في الحيض فقد مضى الكلام فيه مستقصى فلا وجه
لإعادته مسألة قال وإذا طلق الرجل امرأته وهي حائض لم يعتد بتلك الحيضة
واستأنفت ثلاث حيض وهذا منصوص عليه في الأحكام ولا خلاف في أنها لا تعتد
بتلك الحيضة عند كل من ذهب إلى أن الطلاق واقع في الحيض والدليل على ذلك قول
الله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وقد ثبت أن الأقراء هي الحيض لما
نبينه بعد هذا في باب العدة فلو اعتدت بتلك الحيضة كانت تربصت ببعضها وبعض
القرء الثالث وذلك خلاف الظاهر فبان صحة ما ذكرناه من أنها لا تعتد بتلك الحيضة
مسألة قال ولو أن رجلا قال لامرأته أنت الطلاق أو اعتدي أو استبرئي رحمك أو الحقي بأهلك
أو بائن أو بتة أو حرام أو حبلك على غاربك أو أبرأتك من عقدة النكاح كان ذلك تطليقة رجعية
إذا نوى بكل ما تلفظ من ذلك طلاقا وكذلك لو قال لست لي بامرأة أو قال اسقنيها وخره فإن كان
يكون نوى فيما قال من ذلك طلاقا فالاستحلاف قال القاسم عليه السلام وعلى هذا لو طلق بالفارسية
لجميع ما ذكرناه منصوص عليه في المنتخب والأحكام غير قول الرجل الحقي بأهلك فإنه منصوص عليه
في الأحكام وقوله أبرأتك من عقدة النكاح فإنه منصوص عليه في المنتخب وما حكيناه عن القاسم عليه
السلام منصوص عليه في مسائل عبد الله بن الحسن ووجه قولنا أن هذه الألفاظ يقع
بها الطلاق ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال لسودة اعتدي ثم راجعها
فدل ذلك على أن الطلاق يقع بما ليس بصريح في الطلاق إذا كان محتملا له ووجه ذلك أن
سائر الألفاظ جارية مجراها في صحة وقوع الطلاق إذ هي أجمع مما يصح أن يجعل عبارة عن
المقصود بالطلاق ووجه من اعتبر فيها اقترانه بالنية إذ هذه الألفاظ ظاهرها

في ايقاع الطلاق فجرت مجرى سائر الالفاظ المحتملة للامور المختلفة اذا اطلقها المتكلم
بها وانه يجب الرجوع اليه في معناها وقلنا انه ان نكرها ثم استحلف لين القول في سائر تلك
الالفاظ يكون قوله مع يمينه اذا ادعى عليه خلاف ذلك ومعنى قولهم انه يتوجه الدعوى
عليه في ذلك وقال في المنتخب يدين في ذلك ويكشف عن قوله فيتبين بذلك على ان حال العوام
فان اقترن بالكناية ما يدل على ان المراد بها الطلاق جرى مجرى الصريح في انه لا يصدق
ان ادعى انه لم ينو به الطلاق نحو ان تقول المرأة طلقني فيقول انت بائنة او اعتدي ووجه
ذلك ان المجاز مع القرينة يجري مجرى اللفظ الحقيقي في انه يجب القطع على المراد به في الظاهر
واما وجه قولنا ان الطلاق الواقع بهذه الالفاظ يكون رجعيا فقد مضى مستقصى فيما عرض
في العادة **مسألة** قال ولو انه قال لها انت علي كظهر امي او كامي كان ذلك طلاقا ان نوى به الطلاق
وان نوى به الظهار كان ظهارا وان لم ينو بهما كان ذلك هدرا وهذا منصوص عليه في الاحكام
ويحصل المذهب فيه ان قول الرجل لامرأته انت علي كظهر امي صريح في الظهار كناية في الطلاق
واذا قال انت علي كظهر امي وادعى انه اراد به الطلاق حمل في القضاء على الظهار وحمل فيما بين الله سبحانه
وبينه على نواه وكونه صريحا في الظهار مما لا خلاف فيه ووجه قولنا انه يكون طلاقا بالنية
هو ما مضى في ان الطلاق لا يقع الا بالنية وقلنا انه كناية في الطلاق لانه يفيد التحريم فيجري مجرى
قول الرجل انت علي حرام فلما ثبت ان ذلك يجوز ان يكون كناية عن الطلاق قلنا في قوله انت علي
كظهر امي انه يجوز ان يكون كناية عن الطلاق وقال ابو حنيفة لا يجوز ان يكون ذلك كناية عن الطلاق
واجازه ابو يوسف ومحمد فان قيل كيف تقولون انه يجوز ان يقع به الطلاق وقد
روي انه كان طلاقا في الجاهلية فنسخ قيل له انه نسخ كونه صريحا في الطلاق لان الجاهلية كانوا
يجعلونه صريحا في الطلاق فاما قوله انت كامي فهو كناية في الظهار وبه قال ابو حنيفة وقد يجوز
عندنا ان يكون كناية عن الطلاق ووجه قولنا انه يحتمل ان يراد به تحريم الطلاق وتحريم الظهار
وان لا يراد واحد منهما فوجب ان يرجع فيه الى نيته كما قلنا في كنايات الطلاق فاما اذا لم يكن له
نية في شيء من ذلك فهو هدر لما تقدم بيانه **مسألة** قال القاسم عليه السلام ولو ان رجلا
قال ما احل الله للمسلمين فهو علي حرام دخل فيه الطلاق ان كان نواه وهذا منصوص عليه
في مسائل النيروسي ووجهه انه عبارة محتملة فوجب ان يكون الرجوع فيه الى نيته كسائر
الكنايات وسائر الالفاظ المحتملة وهذا مما لا احفظ فيه خلافا **مسألة** قال وطلاق
الوكيل عن الموكل جائز وهذا منصوص عليه في الاحكام وهذا مما لا اختلاف فيه ... وهو لا يفصل
بين الطلاق وغيره من العقود والايقاعات في ان فعل الوكيل فيه جائز على الموكل فلا وجه

للاستقصا فيه مسألة قال وإذا قال الرجل لامرأته أمرك إليك فاختاري فإن نوى به الطلاق
ان اختارت المرأة نفسها فاختارت في الحال طلقت وإن لم تختر في الحال واختارت بعد ذلك لم تطلق
فإن نوى بما قال من ذلك توكيلها بطلاق نفسها فلها أن تطلق نفسها إلى أن يفسخ وكالتها
نص في الأحكام على معنى ما ذكرناه فقلنا إنه إن نوى الطلاق إن اختارت المرأة نفسها فاختارت
في الحال طلقت وإن لم تختر في الحال لم تطلق لأنه المروي عن الصحابة وروى زيد بن علي عن أبيه عن جده
عن علي عليه السلام أنه قال إذا قال لها أمرك بيدك فالقضاء ما قضت ما لم تكلم فإن قامت من مجلسها
قبل أن تختار فلا خيار لها ولم يرو خلاف ذلك عن أحد منهم فكان ذلك إجماعا منهم ولأنه جار مجرى
خيار البيع في أنه لا يكون بعد التفرق ليس أن رجلا لو قال لآخر بعتك كذا فلا خلاف في أنه لا يجوز أن يتأخر
القبول عن المجلس والأصل في أنها إن اختارت زوجها ولم تختر نفسها لم يكن طلاقا ما روي
أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خير نساءه فاخترنه فلم يعده طلاقا واعتبرنا فيه
قصد الزوج لأنه لما جاز أن يريد به التوكيل لما نبينه بعد هذا الفصل وجاز أن يريد به
تمليكها الطلاق وجب الرجوع فيه إلى قصده كما قلناه في سائر الألفاظ المحتملة وقلنا إنه إن نوى بذلك
توكيلها كان لها أن تطلق نفسها ما لم يفسخ وكالتها وأباه ذلك أبو حنيفة والشافعي ووجه
ذلك أن التوكيل بالطلاق مما يجوز له ولم يجز أن يوجب أن يصح ذلك له لو وكلها بطلاق غيرها
أو وكل غيرها بطلاقها فإن قيل إن الطلاق حق لها فلا يجوز توكيلها فيه قيل له وما يمنع من ذلك
إذا كانت هي المستعمر عن الزوج على أن أبا حنيفة يجيز للولي أن يزوج الحرمة من نفسه وإن كان ذلك حقا
له ويجوز للأب أن يشتري لنفسه من الولد الصغير فكيف ينكران أن تطلق المرأة نفسها بتوكيل الزوج
مسألة قال ولا يقع طلاق المولى على العبد إلا بتوكيل العبد ولا يكون بيع العبد ولا الأمة طلاقا
قال القاسم عليه السلام ولا يكون إباق العبد طلاقا قال يحيى بن الحسين عليه السلام ولا
يكون بيع الأمة طلاقا ولا تحل بالبيع لناكح حتى يطلقها زوجها فكان ذلك نصا فيما ذكرناه
من أن بيع الأمة لا يكون طلاقا وتنبيها على ما ذكرناه وهذا الفصل لأنه قال لا تحل بالبيع حتى
يطلقها زوجها وروى فيه عن جده القاسم عليه السلام أنه لا بد من طلاق الزوج نفسه فكان ذلك
مؤكدا لما ذكرناه ونص في مسائل النيروسي على أن إباق العبد لا يكون طلاقا ونص الهادي عليه
السلام أيضا في المنتخب على أن بيع العبد لا يوجب طلاق زوجته وأما ما يدل على أن طلاق المولى
لا يقع على العبد فهو ما رواه عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال الطلاق لمن أخذ بالساق ويدل على
ذلك ما رواه زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام أنه قال المولى عبده تزوج بغير إذنه
فرق بينهما فقال السيد لعبده طلقها فقال علي عليه السلام أجزت النكاح فإن شئت أيها
العبد فطلق وإن شئت فأمسك فبين أن الطلاق أولى الزوج ولا خلاف أن الأجنبي لا يقع طلاقه

فكذ

فكذلك المولى والمعنى ان المطلق غير الزوج بغير اذنه ويؤكد ذلك ان الله تعالى خاطب بالطلاق الازواج فنعلم ان حكمه مقصور عليه وهذا مما لا خلاف فيه بين الفقهاء واما الخلاف فيه فيحكى عن الصحابة والاجماع بعد الخلاف يرفع حكم الخلاف واما البيع فلا يكون طلاقا لما روي ان بريرة لما اعتقت خيرها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولم يجعل بيعها طلاقا قال فاذا ثبت ذلك في الامة ثبت في العبد والعلة ان كل واحد منهما شخص مملوك فلم يجز ان يكون بيعه طلاقا وهذا ايضا مما لا خلاف فيه الان وحكي ذلك عن بعض المتقدمين وكذلك الاباق لا خلاف انه لا يكون طلاقا فالامة كسائر معاصيه في انه لا يعترض النكاح ما لم يكن ردة ولا يمكن ان يقال اذا ابق واستمرت المراة وجب ان تستطيع العصمة بينه وبينها لان المفقود بعرضه **مسألة** قال ولو ان رجلا قال لزوجته انت طالق الا ان يشاء ابوك او غيره حبسك وقف طلاقها على مشيته فان لم يحبسها لم تطلق وان لم يشا طلقت وكذلك لو اشرط المطلق فيه مشيه نفسه ما ذكرناه اولا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب وما ذكرناه من اشتراط مشيته نفسه يدل عليه كلامه **ووجه** ذلك انه جعل المشيه شرطا واستثنا فوجب ان تكون سبيلها سبيل سائر ما يشرط ويستثنى وحمل ابو العباس الحسني رحمه الله تعالى ذلك على الفور وهو صحيح وقد نص الهادي عليه السلام على مثله في المنتخب في كتاب الايمان في مسئلة من قال انت طالق ان ركبت هي دابته **ووجهه** انه اوقع الطلاق واستثنى بالمشيه وان لم يقع المشيه عقيب الطلاق وقع ومثاله ان يقول انت طالق الا ان يقوم زيد فانه يقع قيام زيد عقيب القول وقع الطلاق **مسألة** قال ولو قال لها انت طالق ان شاء الله لم يقع الطلاق فان كان يمسكها بالمعروف فان لم يمسكها بالمعروف طلقت وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب ذهب عامة الفقهاء الى ان الطلاق والعتاق لا يقعان على هذا الوجه وفرق مالك بين الطلاق والعتاق فقال ان الطلاق لا يقع وان العتاق يقع **ووجه** ما ذهبنا اليه انه لا يرد لست ان الله تعالى لا يريد من افعال العباد الا الطاعات واجبها والمندوب اليه منها وانه لا المباح غير واجب ولا مندوب اليه توجب الا يقع طلاق لانه علقه بمشيئة الله تعالى وقد علمنا ان الله تعالى لا يشاء فكان سبيله سبيل من طلق على شرط ثم لم يحصل الشرط فاما اذا كان غير ممسك لها بالمعروف فان الله تعالى قد اوجب عليه اما الامساك بالمعروف او التسريح بالاحسان بقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان **فان قيل** فانه تعالى لم يشرط ذلك وكونه غير ممسك بالمعروف بل خاطبه على سبيل العموم **قيل له** لا خلاف ان من كان ممسكا لها بالمعروف لا يجب عليه ان يطلق فيجب ذلك خصوصا من العموم **فان قيل** اذا لم يمسك بالمعروف فالواجب عليه ان يمسك بالمعروف وليس يجب عليه ان يطلق **قيل له** يجب عليه احد الامرين على التخيير بدلالة الاية **فان قيل** انكرتم ان هذا اللفظ موضوع في هذا الشرع لمنع ما علق به كالاقرار اذا علق به لم يستقر **قيل له** الاقرار اذا علق بالشرط لم يستقر الا ترى انه لو قال ان قدم زيد فلك علي الف درهم وان مطرت السماء فلك علي الف لم يصح الاقرار وليس كذلك الطلاق والعتاق اذا علقا بشرط لانهما يقعان بحصول الشرط وكذلك الجواب ان سالوا عن البيع

المعلق بمشية الله تعالى فان قيل فاذا الحر يتم ذلك مجرى قول القايل انت طالق ان دخلت هذه الدار
وان مطرت السما فيجب ان لا يوجبوا وقوع الطلاق الا بعد ان يعلموا ان مشية الله قد حصلت بعد هذا القول
وذلك مما لا سبيل الى العلم به فيجب ان لا يقع الطلاق قيل له هذه اللفظة من طريق العادة جارية
مجرى ان يقول الانسان انت طالق ان كان مراد الله وعلى هذه الطريقة يستعمل في ساير الاشيا
لان الانسان يقول انا افعل كذا ان شا الله ويريد ان كان يكلمني او لطفا او ما احتاج اليه من التمكين
والاله وما جرى مجراها مراد الله من غير مراعاة لعدم الارادة وتاخرها فان قيل فقد روي عن النبي
صلى الله عليه واله وسلم انه قال من حلف ثم قال ان شا الله فقد استثنى قيل له هو لنا لان من
حكم الاستثنى ان يرفع بعض ما دخله دون كله وعندهم ان قوله ان شا الله يرفع حكم ما دخل عليه
راسا فلم يصح ان يكون ذلك استثنا الا ترى انه لا خلاف فيمن قال لفلان علي عشرة دراهم الا عشرة انه لا
يكون استثنى لانه اقتضى رفع جميع ما دخل عليه فاما على مذهبنا فانه يكون قول القايل ان شا الله استثنا
لانه يرفع بعض ما دخل عليه وليس لاحد ان يدعي الفرق وانه جعل لرفع ما دخل عليه لما عرض
الناس ولا سيما لهم في الكلام يختلف مسألة قال ولو قال لها انت طالق واحدة الا نصف
او اقل او اكثر وقعت تطليقة واحدة وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه انها تطلق اذا
يقول للزوج انت طالق فاذا قال بعد ذلك واحدة كان ذلك في حكم البيان لما وقع من الطلاق ولذا
قال الا واحدة لم يوجب هذا الاستثنا شيا لانه لا يستثنى من حكمه ان يرفع بعض ما دخل عليه دون
الكل فاما اذا استثنى الكل فهو باطل لا خلاف فيه وهذا كما يقول لفلان علي عشرة الا عشرة لا
خلاف ان هذا الاستثنى لا حكم له مسألة قال واذا زوج الرجل ابنا له صغيرا ثم طلق عنه لم
يقع الطلاق وهذا قد اشتمل عليه قوله في الاحكام في الامة المزوجة انها لا تحل لناكح حتى يطلقها زوجها
وهذا مما لا خلاف فيه ووجهه ما مضى في ان طلاق المولى لا يقع عن العبد فلا معنى لاعادته
مسألة قال ولو ان رجلا نادى امراة من نسائه قد عزم على طلاقها فاجابته اخرى فقال انت طالق
وقع الطلاق على التي نوى طلاقها دون التي اجابته وهذا منصوص عليه في المنتخب ووجهه
ما روي عن النبي صلى الله عليه واله وسلم الاعمال بالنيات وانما لامرئ ما نوى وهذا لم ينو طلاق التي
اجابته وانما نوى طلاق التي ناداها فيجب ان تكون الواقع طلاقها دون التي اجابته ولا خلاف ان التي
لو لم تكن اجابته لكان الطلاق يقع على الاولى فكذلك اذا اجابته الثانية والعلة انها هي المقصودة
بما وقع من الطلاق وكذلك لو كانت هناك ثالثة لم يجب ان يقع عليها طلاق فكذلك التي اجابته
والعلة انها غير مقصودة بالطلاق فان قيل ما انكرتم على من قال ان هذه لما اجابته صار
الخطاب خطابا لها قيل له ان الخطاب لا يصير خطابا للمخاطب بما يكون منه من الجواب
الفعل انما هو احوال الفاعل دون غيره وانما يصير لمن يقصد المخاطب ان يجعله خطابا له فاذا
ثبتت هذه الجملة وقد علمنا ان المطلق كان قاصدا الى ان يجعل قوله انت طالق خطابا للاولى
لم يؤثر فيه جواب الثانية فان قيل قول الزوج بعد اجابتها له جار مجرى ان يقول لها

انت طالق

المحسوسات طالق فتصرف اللفظ اليها اولى من صرفه الى من يتعذر ايقاعه عليها ما ذكرنا

مسألة

قال واذا ارتد الرجل عن الاسلام بانت منه زوجته اذا خرجت من عدتها وحلت للازواج وان مات او قتل او لحق بدار الحرب فلا خروج المراة من العدة ورثته وان ارتدا جميعا فهما على نكاحهما حتى يعرض عليهما الاسلام فان اسلما فهما على نكاحهما وان ابيا قتلا هذا منصوص عليه في الاحكام

وتحصيل المذهب ان الفرقة الواقعة بالردة تقع بانقضاء العدة ويمنع المرتد من الوطء في عدتها وسبيل الردة سبيل الطلاق الرجعي فيما ذكرناه وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة تبين بنفس الردة ووجه ما ذهبنا اليه ما ثبت من ان ابا سفيان اسلم بمر الظهران وزوجته هند مشركة ثم رجع اليها فاسلمت فاقاما على النكاح الذي كان بينهما ولم يامرها رسول الله صلى الله عليه واله وسلم باعادة النكاح وقد علمنا ان اقامتها على الشرك بعد اسلام زوجها في هذا الباب بمنزلة الردة فلما لم يوجب صلى الله عليه واله وسلم فسخ نكاحهما دل ذلك على ان النكاح لا ينفسخ بنفس الردة واذا ثبت ذلك فانه لا ينفسخ مع الردة الا بانقضاء العدة فان قيل الفرقة في هذا تتعلق بالاباء بعد عرض الاسلام قيل له ليس الاباء اكثر من المقام على الكفر وهذا مما قد مضى الكلام فيه في كتاب النكاح في مسالة اسلام احد الزوجين ويدل على ذلك ما روي عن عكرمة بن ابي جهل انه هرب من مكة وهو مشرك واسلمت امراته ثم رجع الى الاسلام وهي بعد في العدة فاستقرت عنده بالنكاح الاول وهكذا في امراة صفوان بن امية فدل ايضا على ما ذكرناه ومما يدل على ذلك انه قد ثبت ان الذمي اذا كانت تحته ذمية قد دخل بها فاسلم احدهما ان الفرقة لا تقع بنفس الاسلام لان ابا حنيفة يذهب الى انها لو وقعت لا تقع مع اسلام احدهما الا باباء الاخر الاسلام ونحن نذهب الى ان الفرقة لا تقع مع اسلام احدهما الا بانقضاء العدة فاذا ثبت ذلك وجب ان لا تقع الفرقة بنفس الردة الا بانضمام معنى اخر اليه واذا ثبت ذلك ثبت ان الفرقة تقع بانقضاء العدة اذ لم يقل احد في ذلك بغير ما ذكرناه على انا اذا بينا ان الاباء غير معتبر ثبت ان المعنى المراعى والاصل انما هو انقضاء العدة فقط فصح ما ذهبنا اليه فان قيل ما انكرتم ان يكون سبيله سبيل الفسخ الواقع بورود الملك على النكاح او بورود الرضاع عليه قيل له الملك والرضاع قد ثبت انهما يوجبان الفرقة بمجردهما من دون انضمام معنى اخر اليهما والارتداد قد بينا انه يحتاج ان ينضم اليه معنى سواه فلم يكن حكمهما حكمه على ان الارتداد بالطلاق الرجعي اشبه لانه لا يقع الا من جهته واختياره فوجب ان لا يوجب الفرقة الا بانقضاء العدة ووجه قولنا انهما ان ارتدا معا فهما على النكاح حتى يعرض عليهما الاسلام فان اسلما فهما على نكاحهما

هو انه قد ثبت ان من ارتد بنجد لبني صلى الله عليه وآله وسلم مع امرأته ثم رجع الى
الاسلام اقام على زوجيته ولم يرو عن احد من الصحابة انه امر بتجديد العقد فجرى ذلك
مجرى الاجماع فان قيل من اين لكم ان ارتداد الرجل وزوجته وقعا معا ولعل اسلامهما
قيل له هذا سبيل كل من يرتد وقعا ولم يعرف التاريخ كالاسى والحرس ونحوها
فان قيل ما انكرتم على من قال لكم انهم اقاموا على النكاح لان العدة لم تكن انقضت قيل له
لم يرو ذلك في شيء من الاخبار ولا روي انهم اعتبروا ذلك في شيء من الاحوال ولو كان ذلك كذلك لكان
يقال لهم من كانت امرأته قد انقضت عدتها قبل الرجوع الى الاسلام فليجدد النكاح فلما لم
يرو ذلك علمنا انهم لم يعتبروه فان قيل فلم يرو عنهم ايضا انه قيل لهم من ارتد منكم من زوجته
احدهما قبل صاحبه انفسخ نكاحه قيل له ذلك قد علمناه بالاجماع ولولا الاجماع لجوزنا خلافه
ومما يدل على ذلك انه قد ثبت ان الكفر لا ينافي النكاح كما لا ينافيه الاسلام لان نكاح الكفار
مع الكفر يصح كما انه يصح نكاح المسلمين مع الاسلام وانما الموجب للفرقة هو اختلاف دينهما
فاذا اتفق دينهما اذا ارتدا معا لم يجب وقوع الفرقة بينهما كما انهما اذا اسلما معا لم يجب وقوع الفرقة
بينهما لم يختلفا فاما التوارث فنحن نشرحه ان شاء الله في كتاب المواريث وكذلك قتل المرتد نذكره
في كتاب الحدود بعون الله مسألة قال فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ ردتهما
فحكم الولد حكم الاسلام فان جاءت به لاكثر من ستة اشهر فحكمه حكمهما في الردة وهذا منصوص
عليه في الاحكام والمراد بان حكم الولد حكم الاسلام او الردة انما هو في التوارث وسقوط الارث
لان الولد ان ثبت له حكم الردة لم يرث ابويه وان ثبت له حكم الاسلام ورثهما ووجه ما ذكرناه
من العقد بيانه قد ثبت ان اقل الحمل ستة اشهر فاذا جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من يوم ردتهما
كان العلم حاصلا بان الولد كان حصل في بطن امه قبل الردة فوجب الحكم باسلامه وحصوله في بطن
امه في حال اسلام ابويه لان الطفل والحمل يحكم لهما بالاسلام اذا كان ابواهما مسلمين او كان احدهما
مسلما فاما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر لم يجز ان يحكم له بالاسلام اذ لا اسلام له في نفسه
ولم يحصل في بطن امه في حال علمنا معها اسلام ابويه او احدهما فلم يجب الحكم باسلامه ووجب ان
يحكم له بحكم الردة فان قيل ما انكرتم على من قال لكم انه لم يحصل اليقين بانه حصل في بطن امه
في حال كفر ابويه لتجويزنا ان يكون حصل قبل ردتهما اذا لم يكن بين ارتدادهما وبين مولده الزمان
الذي يجب ان يكون غاية لاكثر الحمل بحيث يحكم له بحكم الاسلام قيل له قد حصل اليقين بانه ولد
في حال الردة ولم يحصل اليقين بانه كان حصل في حال الاسلام في بطن امه فكان الاولى ان يحكم باليقين
ونقضي به على التجويز الذي ذكرتم فان قيل فقد روي كل مولود يولد على الفطرة وابواه يهودانه ويمجسانه
قيل له المراد بذلك انه يولد وابواه يهوديان او مجوسيان ولا خلاف انه ليس المرجع بقوله
يهودانه ويمجسانه الى غير ذلك مسألة قال القاسم عليه السلام والذميان اذا اسلما اقرا على نكاحهما
وهذا مما نص عليه كلامه عليه السلام في مسائل النيروسي وكلام الهادي عليه السلام في الاحكام وهو مما لا خلاف فيه

بين العلماء وقد ثبت أن الذين أسلموا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لم يكن يأمرهم النبي
صلى الله عليه وآله وسلم بإعادة النكاح الذي كانوا عليه في الجاهلية وهذا أشهر من أن يحتاج إلى
الاستقصاء فيه **مسألة** قال وإذا أسلم الرجل وتحته ذمية صغيرة فزوجها أبواها ثم لم يمض
ثلاثة أشهر فإن أسلم أحد أبويها قبل مضي ثلاثة أشهر فقد حكم بإسلامها وهي زوجته
وإن لم يسلم واحد من أبويها حتى تمضي ثلاثة أشهر بانت منه زوجته ولا ردة للصبي حتى يبلغ وهذا
منصوص عليه في الأحكام **ووجهه** ما بيناه من أن اختلاف الدين يوجب الفرقة بانقضاء
العدة وقد مضى فيه ما لا وجه لإعادته وقلنا إن أسلم أحد أبويها قبل انقضاء العدة كانت زوجته
لأن إسلام أحدهما في الحكم إسلام لها فكأنها أسلمت قبل انقضاء عدتها فلم تقع الفرقة على
ما بيناه وقد قلنا إنها إن لم يسلم أحد أبويها حتى يمضي عليه ثلاثة أشهر بانت منه لأنها تكون
في الحكم كأنها أقامت على الكفر حتى انقضت عدتها وقلنا لا ردة للصبي حتى يبلغ لأنه لا
تكليف عليه ولأنا لو حكمنا عليه بالردة لأوجبنا قتله وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم
لم يقتل من الصبيان من لم يبلغ منهم **مسألة** قال ولو أن ذمية أسلمت ولها
زوج ذمي انقطعت بينهما الوصلة وعليها العدة ويكون ذلك فسخا لا طلاقا [illegible] وهي في العدة لحقها
الطلاق فإن كانت المسلمة حاملا والزوج صغير وقف عليه حتى يبلغ فإن أسلم فهما على نكاحهما
وإن أبى فارقته وجميعه منصوص عليه في الأحكام وقولنا انقطعت الوصلة بينهما المراد به أن الوصلة
تنقطع بانقضاء العدة على ما سلف القول فيه وقلنا إنه يكون فسخا لأن الفرقة التي تأتي من قبل المرأة
فسخ ولا يكون طلاقا وقلنا إنه إن طلقها وهي في العدة لحقها الطلاق لأن الفسخ بعد لم يقع إذ وقوعه
بانقضاء العدة فلم يمتنع أن يطلقها وقولنا إن الذمية إذا أسلمت ولها زوج صغير وقف عليه حتى
يبلغ المراد به أن يحصل بلوغه وهي بعد في العدة فأما إذا انقضت عدتها وهو بعد صغير ولم يسلم
واحد من أبويه انقطعت الوصلة ووقع الفسخ لأن سبيله سبيل من أقام على الكفر حتى انقضت عدة
زوجته التي أسلمت ووجب وقوع الفرقة **مسألة** قال فإن ادعت المرأة أن زوجها
طلقها فعلى المرأة البينة وعلى الزوج اليمين وهذا منصوص عليه في المنتخب والأصل فيه قول
النبي صلى الله عليه وآله وسلم البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وقد استقصينا الكلام في
هذه المسألة في كتاب النكاح في مسألة دعوى النكاح إذا أنكرها أحد الزوجين فلا وجه لإعادة الكلام
فيها

باب القول في الحلف بالطلاق

إذا حلف بطلاق امرأته كاذبا أو حنث فيه بعده وقع الطلاق إلا إذا أكره عليه من يخاف منه
القتل والعنت من ضرب أو حبس وهذا منصوص عليه في الأحكام أما وقوع الطلاق من حلف كاذبا
أو حنث فيه بعد عقده فهو اتفاق العلماء من أهل البيت عليهم السلام وغيرهم إلا ما حكي عن فريق
من الشيعة من أنه لا يقع وذهب بعض القائلين بذلك إلى أنه لو حلف قاصدا إلى الطلاق على من يلزمه
بيعة الإمام ونحوه لم يقع أن طلاقه يقع ممكن أن يجعل أصلا ويقاس عليه سائر ما حالف فيه

لانه طلاق مشروط فوجب ان يقع متى حصل الشرط ويمكن ان يستدل عليه بقول الله عز وجل يا ايها
الذين امنوا اوفوا بالعقود وهو عقد على نفسه الطلاق شرطا فوجب ان يوفيه متى حصل الشرط
ويستدل عليه بقول النبي صلى الله عليه واله وسلم المؤمنون عند شروطهم وذلك ما رواه
ابو العباس الحسني رحمه الله تعالى في النصوص حدثنا محمد بن الحسين بن علي الحسيني حدثنا ابي حدثنا
زيد بن الحسين عن ابن ابي اويس عن ابن ضميرة عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام قال من حلف بالطلاق
ثم حنث ناسيا لزمه الطلاق فاما الطلاق المكره فانه لا يقع وقد مضى فيه الكلام مستقصى فلا
وجه لاعادته **مسألة** قال ولو ان رجلا حلف بالطلاق لا برح حتى يشتري
عشرة ارطال سكرا فاشترى عشرة ارطال سكرا فوجد فيها رطلا او اقل او اكثر فقد بعد
ما برح حنث وكذلك لو حلف بالطلاق لا برح او اخذ من فلان عشرة دراهم فاخذها ثم
وجد فيها درهما من حديد بعد ان برح حنث وهذا منصوص عليه في الاحكام **ووجهه**
انه علق الطلاق بشرط وهو ان يتزوج من عنده سكرا مما اخذه ذكره او اخذ ما ذكره ولم يستثن حال
النسيان والجهل فوجب ان يقع الطلاق بحصول الشرط على اي وجه حصل الا انه لو قال لامرأته
اذا قدم زيد فانها تطلق على اي حال حصل قدوم زيد ماشيا او راكبا او ناسيا او ذاكرا سواء علم
بقدومه في الحال او لم يعلم لان الطلاق انما علقه بشرط القدوم ولم يستثن شيئا ومن قدوم
فكذلك ما ذكرناه ويدل على ذلك قول امير المؤمنين عليه السلام من حلف بالطلاق وحنث ناسيا لزمه الطلاق
مسألة قال ولو ان رجلا قال لنسائه اربع طوالق ان دخلتن الدار او قال انتن طوالق او فلانة
انت طالق يا فلانة لكل واحدة منهن ان دخلت الدار وقع الطلاق على حسب ما نواه ان نوى
لا يدخلها واحدة منهن الا طلقت فايتهن دخل طلقت وان نوى انهن يطلقن ان دخلن جميعا طلقن
ان دخلن مجتمعات وهذا منصوص عليه في الاحكام ونص فيها على انه ان نوى حصول الدخول من
جميعهن على اي حال حصل مجتمعات او متفرقات لم يطلقن حتى يحصل الدخول من جميعهن كلهن
ووجهه انه لما جاز وصح ان ينوي باللفظ كل واحد من الوجوه الثلاثة حمله واقعا على الوجه
الذي نواه وجعل الحكم فيه لان اللفظ يقع على الوجه الذي يقصده المتكلم وهذا واضح
مسألة قال ولو ان رجلا حلف بطلاق امرأته ليفعلن كذا ثم مات قبل ان يفعله
وقع الطلاق يوم موته وترثه المرأة ان لم تكن التطليقة ثالثة وهذا منصوص عليه في الاحكام
ونص فيه انه لو قيده بوقت ثم لم يفعله حتى يمضي الوقت وقع الطلاق عند مضي الوقت **ووجه**
ما ذكرناه اولا انه اذا لم يقيد القول بوقت لم يحنث الا في اخر جزء من اجزاء حياته فاذا صار في اخر
جزء من اجزاء حياته حنث ووقع الطلاق لانه اذا لم يكن اللفظ مقيدا بوقت كان ذلك على المهلة والتراخي
ولا اشكال في ان الذي يكون على المهلة لا يختص به وقت من وقت فوجب ان يكون اوقات حياته على المهلة
ما لم يحصل في اخر وقت من اوقات حياته ان يحال الفعل فيه بعد الموت فاما اذا قيده

بوقت فقضى الوقت من دون ان يفعل ذلك الفعل يحنث لان المهلة تكون الى ذلك الوقت ومتى ذلك الوقت ينقطع المهلة فيحنث وذلك اجمع مما لا يختلف فيه حال فاما ما ذكرناه من انها ترث ان لم يكن المطلق ثالثة فقد مضى بيانه فيما تقدم

باب القول في الرجعة اذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية

فله ان يراجعها ما دامت في عدتها من غير رضاها بها ومن اصحابنا من يقول ان الرجعة بالقول وقد تكون بالجماع وعن غيرها ولا رجعة الا في العدة وجميعه منصوص عليه في الاحكام والمحيط ما ذكرناه اخيرا فان ابا العباس الحسيني رحمه الله تعالى خرجه من قوله في الاحكام في باب الايلا الذي بعد الطلاق رجعة وقوله فيه في مواضع اخر من باب الايلا الذي هو الجماع نفسه لم يقدر عليه فاقتضى ذلك ان الجماع يكون رجعة وجميع ما ذكرناه منصوص عليه مما لا خلاف فيه **والاصل** في ذلك قول الله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك وقول النبي صلى الله عليه واله وسلم لعمر مره فليراجعها يعني ابنه وانما الخلاف فيما ذكرناه اخيرا فان الشافعي خالف فيه ويقول ان الرجعة لا تكون بالجماع **والدليل** على ذلك قول النبي صلى الله عليه واله وسلم لعمر مره فليراجعها يعني ابنه فامرها بالمراجعة ولم يستثن من المراجعة الفعل من المراجعة بالقول وجب ان يكون ذلك عليهما جميعا **والدليل** على ذلك انه اوقع تسلمه في ملكه مع انه مخير بين امضائها وردها حتى يعود الملك تاما وجب ان يصح ذلك منه بالفعل كما يصح بالقول دليله من باع جارية واشترط خيار الثلاثة الايام ولا خلاف انه يصح منه ان يفسخ البيع بالوطء كما يصح ان يفسخ بالقول ويؤكد ذلك ايضا من اشترى شيئا ووجد به عيبا انه لما كان بالخيار بين ان يمضيه او يفسخه من المشتري بين ان يفسخه للعيب كان لا فصل بين ان يمضيه بقوله رضيت وبين ان يستعمل المشتري الحيوان تكون جارية فيطأها او دابة فيركبها او ثوبا فيلبسه وليس يعترض ما ذكرناه بان المرتد لا يمكنه ان يزيل ما اوجب من الفرقة بالوطء وذلك لانا شرطنا في علتنا ان يكون بالخيار بين ان يمضي ما اوقع وبين ان يرفعه والمرتد لا يجوز ان يقال له انك بالخيار بين ان تمضي ما اوقعته وبين ان ترفعه لانه لا يجوز ان يسلم وليس يكون بارتداده ليس هو من يختص بالخيار للفرقة وانما الفرقة تدخل عليه على سبيل التبع **فان قيل** ما انكرتم على من قال لكم ان وطء المطلق حرام وان عم ان المراجعة تقع به وليس كذلك سائر ما ذكرتم فلا يجب ان يستوي الامر فيهما **قيل له** كون الوطء محرما وان سلمنا غير مؤثر في ذلك الا ترى ان البائع اذا وطئ في مدة الخيار فلا فرق بين ان يطأها حائضا او طاهرا في ذلك على ان كون الوطء منهيا عنه لا يؤثر في ذلك ومما يبين ما ذهبنا اليه ان المولي لما كان له الخيار بين ان يستمر على الايلاء حتى يلزمه الوقف وبين ان يرفع حكم الايلاء فكان رفعه بالوطء جائزا كما يجوز بالقول فكذلك يوضح ما ذهبنا اليه وكذلك من وضع يعقد لغيره كان له الخيار في ان يرجع عنها بالقول او يبيع العبد او يهبه **فان قيل** فقد علمنا ان الوطء يوجب العدة ثم لو جاز ان يرفع العدة لا يرفع الحل كما اوجب الغيبة عندكم لم يرفع العدة **قيل له** الخلوة لم تكن ترفع العدة لانها انما توجب العدة ولانها ليست تصرفا في المعقود عليها على ان النكاح موجب للعدة على بعض الوجوه ولم يمنع ان يكون

أن يطأها

رافعا لها على بعض الوجوه **فان قيل** فسبيل الرجعة على النكاح بعلمها بها استباحة البضع فلا بد فيه من النطق كان ذلك مستعصا بالمحرم لانه يكون مستبيحا للبضع للخروج من الاحرام وكذلك المعتكف والمظاهر الا ترا انه يخرج من اعتكافه بغير نطق فيستبيح البضع والمظاهر اذا استبيح البضع بالكفارة من غير نطق فوجب ان يكون ذلك سبيل المراجع والعلة انه رافع حظرا طرا على العقد بعد بقائه **مسـألة** قال ويكره للرجل ان يراجع المراة على وجه المراغمة والمضارة لها وهذا منصوص عليه في الاحكام **والاصل** فيه قول الله تعالى ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وقوله سبحانه فامسكوهن بمعروف والمراجع على وجه المراغمة لا يكون ممسكا بمعروف ولا مسرح باحسان وقال صلى الله عليه واله وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام **مسـألة** قال ولو ان رجلا اراد ان يراجع امراته فادعت المراة انقضاء عدتها في مدة يحتمل ذلك ولم تجر به عادة طولبت المراة بالبينة ويجوز فيها شهادة امراة واحدة اذا كانت المراة عدلة وتستحلف المراة المدعية احتياطا فان لم تكن لها بينة تربصت حتى يصح انقضاء عدتها ان ارادت ان تزوج وللزوج الاول مراجعتها على ما ادعت انقضاء عدتها في مدة لا يحتمل ذلك كانت الدعوى باطلة نص في المنتخب على ما ذكرنا من حكمها اذا ادعت انقضاء العدة في شهرين وقلنا ان للزوج الاول ان يراجعها لان نقول العدة تقضي لذلك **ووجه** قولنا انها اذا ادعت انقضاء عدتها في مدة يحتمل ذلك ولم تجر به عادة ما رويناه في صدر كتابنا هذا في مسألة اقل الطهر ان امراة ادعت انقضاء عدتها في شهر واحد فقال شريح هات من بطانة اهلها ممن ترضى دينه وامانته يشهدون انها حاضت في شهر ثلاث حيض فهو كما قالت ولا هي كاذبة وقضى بذلك فصوبه امير المؤمنين علي وايضا لما ادعت انقضاء عدتها في مدة لم تجر العادة به كانت مدعية خلاف الظاهر فوجبت ان يلزمها البينة كما يلزم البينة من ادعى سائر الامور التي خلاف الظاهر ولعموم قوله صلى الله عليه واله وسلم البينة على المدعي واما وجه قولنا في ان شهادة المراة الواحدة تقبل فسنذكرها في باب الشهادات واستحلافها لانا الزمناها اليمين لان امور الفروج مبنية على الاحتياط فاما اذا ادعت انقضاء العدة في مدة لا يحتمل ذلك فيجب ان يكون دعواها باطلة لتيقن كذبها يكون معلوما **مسـألة** قال وان ادعى الرجل انه كان راجعها قبل انقضاء العدة كان على الرجل البينة وعلى المراة اليمين بجاور هذا اخرجناه من الكتاب الهادي الى الحق عليه السلام البينة واليمين في دعوى الطلاق والنكاح ووجهه قول النبي صلى الله عليه واله وسلم البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وسائر الدعاوى والبينة تشهد بصحة ذلك وقد استقصينا الكلام فيه في كتاب النكاح

باب القول في العدة

يجب على المطلقة ان تعتد بثلثة قروء والاقراء الحيض وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب المطلقة التي يلزمها الاعتداد بالحيض هي التي تكون مدخولا بها وتكون ممن ذوات الحيض **والاصل** في ذلك قول الله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهذا مما لا خلاف فيه فاما ما قلناه من ان الاقراء الحيض فهو قول زيد بن علي وابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقال

الشافعي

الشافعي هي الأطهار وهو قول مالك وروي مثل ذلك عن زيد بن ثابت وعائشة وروي عن ابن مسعود
وعمر مثل قولنا وهو قول علي عليه السلام أخبرنا أبو بكر المقري حدثنا الطحاوي حدثنا يونس حدثنا
سفيان عن الزهري عن ابن المسيب عن علي عليه السلام أنه قال زوجها أحق بها ما لم تغتسل من الحيضة
الثالثة وروى زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام قال الرجل أحق برجعة امرأته ما لم
تغتسل من آخر حيضها ومما يدل على ذلك أن الناس قد اختلفوا في القرء فمن قائل قال إنه الطهر ومن
قائل قال إنه الحيض ووجدنا من قال إنه الحيض يستعمله في كل حيض على وجه الشياع ومن قال إنه الطهر لم يستعمله
إلا في الطهر الذي يكون بين الحيضتين فكان الأولى أن استعماله في الحيض حقيقة واستعماله في الطهر مجاز
إذ استعماله في الحيض يشيع واستعماله في الطهر يخص وأيضا حكي عن بعض أهل اللغة أنه قال أصله الوقت
واستشهد بقول الشاعر: له قروء كقروء الحائض. أراد وقتا كوقت الحائض، وبقول الأعشى
لما ضاع فيها من قروء نسائكا. يريد وقت وطئهن فإن كان ذلك كذلك فالأولى أن يحمل القرء
على وقت الحيض لأن الوقت يكون وقتا لما يتجدد فيه ويحدث دون الطهر الذي هو باق على الأصل وحكي
عن بعضهم أنه قال هو من الضم والتأليف واستشهد بقوله تعالى فإذا قرأناه فاتبع قرآنه وبقول
الشاعر: هجان اللون لم تقرأ جنينا. يريد لم تضم فإن حمل على هذا الوجه فالأولى أيضا أن يحمل
على الحيض لأن اجتماع دم الحيض يتم ويجتمع من سائر البدن في وقت الحيض وليس لقائل أن يقول إن
الضم والاجتماع يكون في الطهر لأن ذلك لو كان كذلك لكان سبيل الحمل إلا مانع منه فثبت بما ذكرنا
أن حمله على الوجوه كلها على الحيض أولى من حمله على الطهر ويدل على ذلك أن الله تعالى لما قال والمطلقات
يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وجب الاعتداد بثلاثة قروء على كل مطلقة ومن حمل على الطهر لم يوجب على
المطلقة للسنة إلا قرأين وبعض القرء لأنها إذا طلقت وهي طاهر صار الاعتداد عنده بما بقي
من بعض الطهر فصار ما ذهبنا إليه أولى لاستعمالنا الظاهر على ما ورد به. فإن قيل يجوز أيضا استعماله
على وجه فنقول لأن اسم القرء قد ثبت أنه يتناول الحيض والطهر فيحمل المراد به على أن المرأة عليها
ثلاثة قروء من الحيض والطهر قيل له هذا ساقط من وجهين أحدهما أن الآية دلت على العدة هي ثلاثة قروء
وما ذكرتم يوجب أنها أربعة قروء وبعض قرء وهذا فاسد بالإجماع. والوجه الثاني أن الأمة مجمعة على أن المراد من كل
مطلقة أحد المعنيين دون الجمع بينهما على مراد وما ذكرتموه يؤدي إلى خلاف ذلك فوجب فساده. فإن قيل
لا يمتنع أن يقال قرأين وبعض الثالث ثلاثة قروء كما سمى الله تعالى شهرين وبعض الثالث أشهرا بقوله
الحج أشهر معلومات. قيل له لم يقل ثلاثة أشهر كما قال ثلاثة قروء وما ذكرتموه مع ذكر العدد يكون بعد الحائض
ومما يدل على ما ذكرناه قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لأم حبيبة بنت جحش لتنظر قدر قروئها التي
تحيض فيه فلتترك الصلاة وفي بعض الأخبار تجلس أيام أقرائها ثم تغتسل وفي حديث فاطمة بنت أبي
حبيش أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أمرها أن تدع الصلاة أيام أقرائها وقد ذكرنا أسانيد هذه
الأخبار في باب الحيض من كتابنا هذا فدل ذلك على أن القرء في الشرع وإطلاقه اسم للحيض وإذا ثبت ذلك وجب
أن يحمل قول الله تعالى على ذلك لأن حمل خطاب الله تعالى على أسماء الشرع أولى من حمله على غيرها ويدل على ذلك
أيضا ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال في الأمة عدتها حيضتان وإذا ثبت أنها تعتد بالحيض

واصله في العربي

قيل له

قيل له صح

فلم يفصل احد بينها وبين الحرة في هذا المعنى **فان قيل** فقد قال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن ولا خلاف
ان المراد ايقاع الطلاق في الطهر فدل ان الطهر هو العدة **قيل له** المراد لقبل عدتهن وقد وردت بهذه
اللفظة اخبار وذلك يقتضي ان يقع قبل العدة فيجب ان يكون زمان العدة متاخرا عن الطلاق وهو الحيض
فسقط تعلقهم بالآية وبان انا لو تعلقنا بها اسدا كان اولى ومما يدل على ان العدة عبادة موضوعة
لاستبراء الرحم فوجب ان يكون اعتبارها بالحيض لانه استبراء الامة فوضح ذلك ويؤكده انا وجدنا انقطاع
الحيض يمنع الاعتداد بالاقراء وحصوله يوجب الاعتداد بها فكان الاعتبار به اولى من الاعتبار بالطهر
الذي لا مدخل له في ايجاب الاعتداد بالاقراء واسقاطه وايضا ما يذهب اليه مخالفنا يوجب زيادة سرعيه
ونفي الحظر الا ترى انهم يبيحون لها التزويج عند الحيضة الثالثة ونحن نحظره الا بعد مضيها والقائل الذي
يثبت الحظر ويقتضي زيادة حكم يكون اولى على ان الاختلاف اذا في بطنهما ودرات سمعي عبر عنهما باحدهما
وصفا فوجب ان يسمى مرة الحايل ايضا بآخر الخارج من جهتها دون اوله فكل ذلك يصحح ما ذهبنا اليه
فان قيل فقد ثبت ان بعض الحيض لا يحتسب به اذا وقع الطلاق في الحيض فوجب ان لا يحتسب بكله
قيل له العلة في ذلك انه بعض القرء ومع ذلك فيا شاعليه ان لا يحتسب ببعض الطهر واذا ثبت معه ذلك فلا قول
معه الا قولنا ويدل على ذلك ان الاعتداد بالشهور لا يكون الا كاملا بالشهور فكذلك الاعتداد
بالاقراء والعلة ان كل واحد منهما ما يقع به الاعتداد واذا ثبت ذلك فلا قول الا قولنا لانهم يجيزون
الاعتداد بطهرين وبعض الثالث **مسئلة** قال وان كانت المطلقة صغيرة او ايسة
اعتدت بثلثة اشهر بالاهلة وحد الاياس ان تبلغ المراة ستين سنة وجميعه منصوص عليه في الاحكام
والمنتخب غير ما ذكرناه من الاهلة فانه رواه في الاحكام عن جده القسم عليه السلام اما ما ذكرناه من عدة
المطلقة ان كانت صغيرة او ايسة اعتدت بثلثة اشهر المراد اذا كانت مدخولا بها من غير خلاف فيه وقد
ورد النص به وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الآية وما ذكرناه من الاعتبار بالاهلة
فهو ايضا مما لا نحفظ فيه خلافا وقد قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج وقد
علمنا ان الغرض بها مواقيت احكام الناس فوجب ان يكون هو المعتبر بها في الاحكام الشرعية المعلقة
بالشهور ويدل على ذلك ايضا قوله تعالى هو الذي جعل الشمس ضياء والقمر نورا وقدره منازل لتعلموا
عدد السنين والحساب ويدل على ذلك ايضا قول الله تعالى ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا
الى قوله منها اربعة حرم وليس في شيء من الشهور الاشهر الحرم الا في شهور الاهلة ووجدنا ايضا سائر
الشرع من الصلوة والحج والنحر وما جرى مجراها متعلقا بالاهلة دون ما سواها فوجب ان تكون العدد
كذلك واما حد الاياس فقول زيد بن علي عليهما السلام انه خمسون سنة وقد ذكرنا في كتاب الحيض
وجه قولنا انه ستون سنة **مسئلة** قال وان كانت المطلقة حبلى فعدتها ان تضع
ما في بطنها فان حملت اثنين او اكثر فهي معتدة الى ان يقع الآخر منهما او منهم والمستحاضة تعتد
بالحيض وتحري وقته كما تحري لترك الصلوة والصيام وجميعه منصوص عليه في الاحكام ما ذكرنا
من ان المطلقة الحبلى عدتها ان تضع ما في بطنها مما لا اختلاف فيه وقد قال تعالى واولات الاحمال
اجلهن ان يضعن حملهن وروى زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام في رجل طلق امراته

وهي حامل قال في العدة ما لم تلد فاذا ولدت فقد حل اجلها وان كان في بطنها ولدان ولدت احدهما
ولم تضع الآخر فعدتها ما لم تلد الثاني وعلى انها اذا كانت معتدة ما لم تضع الاول وجب ان تكون معتدة
ما بقي في بطنها ولد والعلة انها مطلقة حبلى وما ذكرناه من امر المستحاضة فلا خلاف انها تتحرى
لترك الصلاة والصيام وجب ان يلزمها التحري للاعتداد لان كل واحد منهما عبادة يتعلقان
باقدار الحيض واذا ثبت ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما قال للمستحاضة اقعدي ايام اقرائك
دل ذلك على ان للمستحاضة اقراء وجب ان تعتد بها لقول الله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة
قروء واذا لم تصل الى معرفتها بالتعيين وجب عليها ان تتوصل الى معرفتها بالتحري كسائر ما يتعلق به
العبادات والاحكام **مسألة** ولو ان صبية طلقت ثم حاضت قبل مضي ثلاثة اشهر استانفت
العدة بالحيض وان حاضت بعد مضي ثلاثة اشهر فقد مضت عدتها ولو ان ذات حيض طلقت ثم انقطع حيضها
لعارض اعتدت الى ان تبلغ ستين سنة ثم اعتدت بثلاثة اشهر ثم حلت للازواج وجميعه منصوص عليه
في الاحكام ووجه ما قلناه من ان الصبية اذا طلقت ثم حاضت قبل مضي ثلاثة اشهر انها تستانف العدة
بالحيض ان الله تعالى جعل لها الاعتداد بالشهور بشرط ان لا تكون من ذوات الحيض الا ترى الى قوله
تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الآية فلما حاضت هذه صارت ذات حيض وانتفى الشرط الذي
معه جعل الله سبحانه لها الاعتداد بالشهور وصارت مخاطبة بالاعتداد بالاقراء لقول الله سبحانه
والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولذلك قلنا انها تستانف الاعتداد بالحيض فاما اذا حاضت
بعد مضي ثلاثة اشهر فقد مضت عدتها لانها قد استوفت كمال عدتها وهي من اللائي لم يحضن فلم
يكن عليها غير ما اتت به فاما قولنا اذا كانت من ذوات الحيض ثم انقطع حيضها فهي تعتد الى ان تيأس
ثم تعتد بعد ذلك ثلاثة اشهر فهو قول عامة العلماء وان اختلفوا في حد الاياس وروي نحوه عن عثمان
وزيد بن ثابت ذكره ابو بكر الجصاص في شرح المختصر قال وروي عن عمر وابن عباس انها تمكث تسعة
اشهر فان لم تحض اعتدت ثلاثة اشهر وهو قول مالك وروى هناد باسناده نحو ذلك عن عمر وما
ذهبنا اليه قول امير المؤمنين عليه السلام رواه زيد بن علي عن آبائه عن علي عليه السلام وروى نحوه
هناد باسناده عن الزهري عن علي عليه السلام وزيد بن ثابت والذي يدل على صحة ما ذهبنا اليه
قول الله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء فاوجب على المطلقات كلهن التربص حتى
يمضي عليهن ثلاثة قروء الا من خصته الدلالة منهن فالدلالة خصت الحبلى والتي لم يدخل بها والتي لم
تبلغ المحيض والتي قد ايست والتي ضرا اختلفنا فيها ليست واحدة من الاربع فوجب بحكم الظاهر
عليها التربص حتى يمضي عليها ثلاثة قروء او تيأس فتعتد ثلاثة اشهر **مسألة** فان
قيل ما تنكرون على من قال لكم انها اذا مر عليها الزمان الذي ذكرناه من غير ان تحيض فيه تكون
آيسة منه **قيل له** هذا لا يصح لانها لا يأس بها حور بل تطمع في ارتفاع العارض وعود الحيض الى
ان تبلغ السن التي معها تأيس **فان قيل** لما قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم
ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر نقلهن الى الاعتداد بالشهور **قيل له** الارتياب المذكور في الآية الظاهر

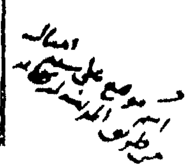
فلا يصح التعلق به لانه يحتمل ان يكون المراد ان ارتبتم في الحبل ويجوز ان يكون في معاودة حيضها
ويجوز ان يكون المراد ما روي في التفسير عن ابن مسعود وغيره ان معناه ان ارتبتم في حكمهن الذي
يلزمهن وهذا هو الاولى لانه المروي ولان الايات منتظمة مع الوجهين الاولين وليس لان الايسة لا يشكل امر
ها انها تحبل ولا انها تحيض واذا كان هذا هكذا سقط التعلق به ويدل على ذلك ايضا ما اتفقنا
عليه من انها اذا انقطع حيضها لا تعتد بالشهور حتى تمضي تسعة اشهر وكذلك بعدها
والعلة انها ذات حيض لم تبلغ الاياس فان قيل ما انكرتم على من قال لكم انها تعتد بالشهور
قياسا على الايسة لان حيضها قد انقطع عن العادة قيل له هذا منتقض بالتي انقطع حيضها
ولم يمض عليها تسعة اشهر على ان علتنا مستندة الى النص ومعنى زيادة عبادة ومعنى الاحتياط
والحظر **مسألة** قال وعدة المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشر فان كان زوجها
غائبا اعتدت من يوم بلغها نعيه وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب اما ما قلناه من ان عدة
المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشر فلا خلاف فيه بين المسلمين وقد نطق به القرآن قال الله
تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا واما
ما ذهبنا اليه من انها تعتد من يوم بلغها نعيه فقد ذهب عامة الفقهاء الى خلافه وقالوا انها تعتد
من يوم وفاته وروى هناد مثل قولنا عن الحسن وحكاه علي ابن جرير في الاختلاف عن الحسن وقتادة
وخلاس وهو قول امير المؤمنين علي عليه السلام رواه هناد حدثنا قبيصة عن حماد بن سلمة
عن قتادة عن خلاس عن علي عليه السلام قال تعتد المتوفى عنها من يوم يبلغها وكذلك ويدل على ذلك قول
الله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا
فاوجب على كل من توفي عنها زوجها ان تعتد اربعة اشهر وعشرا فالقول بخلاف ما ذهبنا اليه يؤدي
الى ان يكون التي بلغها نعي زوجها بعد مضي اربعة اشهر وعشر من يوم وفاته لا يكون عليها
هذا التكليف والاية قد الزمت ذلك كل من توفي عنها زوجها فوجب به صحة ما قلناه فان
قيل ما انكرتم ان يكون كلفت ذلك من حين وفاة زوجها قيل له ذلك لا يصح لانه جار مجرى تكليف
ما لا يطاق بل هو ابعد لانه لا يجوز عند المجبرة ايضا لانه لا يمكنها امتثال المأمور به مع انه لا علم لها به
ولا يمكن مع عدم العلم به فان قيل فما تقولون في الصغيرة والمجنونة اليس عليهما العدة وان لم تكونا
عالمتين بوفاة الزوج قيل له لا نقول انهما يلزمهما التكليف لكن انهما مرادتان بالاية وانما
نقول انهما ممنوعتان بوفاة الزوج من عقد النكاح عليهما للاجماع واما ان يكون بالاية [illegible]
الاية تعم التكليف وهما لا تكليف عليهما فان قيل فما تقولون في المطلقة هل تقولون انها تعتد من
حين بلغها الخبر او تقولون انها تعتد من يوم وقع الطلاق قيل له هذا غير منصوص عليه والذي يجيء على
المذهب انها تعتد من يوم بلغها الخبر ايضا وقد روي عن امير المؤمنين عليه السلام رواه هناد باسناده عليه السلام
وعن الحسن وقد ذكره ابو العباس الحسني رحمه الله في مسائل الخلاف ان المطلقة تعتد من يوم بلغها الخبر ويدل
على ذلك ما رواه ابو بكر المقري حدثنا الطحاوي حدثنا يونس نا سفيان عن الزهري عن عروة عن عائشة

عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت أكثر
من ثلاثة أيام إلا على زوجها فإنها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا وأخبرنا أبو بكر المقرئ حدثنا الطحاوي
حدثنا علي بن شيبة حدثنا عبد الله بن بكر السهمي حدثنا سعيد بن أبي عروبة عن أيوب عن نافع عن صفية
ابنة أبي عبيد عن بعض أزواج النبي صلى الله عليه وآله وسلم وهي أم سلمة مثل ذلك وروي نحوه عن أم حبيبة
عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ففي هذا أن المتوفى عنها زوجها تحد أربعة أشهر وعشرا وذلك
لا يكون إلا مع العلم بوفاة زوجها لأن الحداد من يوم يبلغها الخبر وإذا ثبت ذلك في الحداد ثبت في الاعتداد
إذ لا أحد فرق بينهما في الغيبة ومما يدل على ذلك ما أجمعنا عليه من أنها إذا علمت بالوفاة حين الوفاة
لزمها أن تحد أربعة أشهر وعشرا فكذلك إذا علمت بعد ذلك بزمان لأن العلة أنها مكلفة توفي عنها
زوجها فلزمها أن تعتد وتحد أربعة أشهر وعشرا فإن قيل إذا قلتم إن الصغيرة والمجنونة
تعتدان وإن لم يحصل لهما العلم بوفاة أزواجهما فأنكروا أن يكون ذلك سبيل الغائبة
قيل له الصغيرة والمجنونة لا تكليف عليهما فلم يجز أن يكون عليهما تكليف العدة والبالغة مكلفة
فكان ردها إلى المكلفات أولى من ردها إلى اللواتي لا تكليف عليهن على أن فيما قلناه عبادة
زائدة وحظرا واحتياطا فهو أولى على ما ذكرناه على أنا قد علمنا أن تكليف الاعتداد يتعلق بالعلم الموجب له
ألا ترى أنه لا خلاف في أنها لو علمت بالوفاة قبل مضي أربعة أشهر وعشر لزمها الاعتداد والإحداد في
ما بقي من المدة فدل ذلك على الاعتبار في ذلك بالعلم فإذا ثبت ذلك ثبت أن اعتبارنا أولى من اعتبارهم
لأنهم يعتبرون حصول الوفاة. مسألة قال فإن كانت المتوفى عنها زوجها حاملا اعتدت
آخر الأجلين وهذا منصوص عليه والمنتهى هو قول أمير المؤمنين عليه السلام رواه زيد بن علي
عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام ورواه هناد حدثنا وكيع عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال
كان علي عليه السلام يقول عدتها آخر الأجلين وروى هناد بإسناده أنه قول الشعبي والذي يدل
على ذلك قول الله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا
فأوجب على كل من توفي عنها زوجها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا وهي عامة في الحامل وغيرها ثم تتربص حتى
تضع ما في بطنها لقول الله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن على أن هذا هو الاحتياط فيه
وإنما الخلاف فيها إذا وضعت قبل مضي أربعة أشهر وعشر والآية الأولى قد دلت على قولنا فإن قيل
فقد روي عن ابن مسعود أنه قال من شاء لاعنته أن قوله وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن
نزلت بعد قوله يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا قيل له وما في تقدم إحدى الآيتين وتأخر
الأخرى ما يمنع من الجمع بينهما لأن الجمع بين الآيتين والخبرين أولى من نسخ إحداهما ونحن نجمع بين الآيتين
فنقول إن الآية الأولى ألزمت كل من توفي عنها زوجها الاعتداد أربعة أشهر وعشرا والآية الأخرى
الثانية أوجبت إن كانت حبلى إتمام العدة إلى الوضع فيكون استعمالها على الجميع ما ذهب إليه علي عليه
السلام أولى من استعمال ابن مسعود ومن تابعه في استعمال النسخ فإن قيل فإذا علم أنها تضع
قبل مضي أربعة أشهر وعشر يلزمها أن تتم أربعة أشهر وعشرا فقد نسخ عنها قوله وأولات الأحمال أجلهن

ان يضعن حملهن قيل له ذلك زيادة في زمان العدة والزيادة في زمانها لا تكون نسخا عندنا وعلى هذا نقول
ان حد القاذف لو جعل مائة لم يكن نسخا والصلوات الخمس لو زيد عليها سادسة لم يكن نسخا على ان قوله
تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن عام كقوله سبحانه والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا لان احدهما
اخص منه في موضع الخلاف ومن مذهبنا بناء العام على الخاص ولا يمتنع ان يرد الخاص ثم يرد العام
فيبنى على الخاص المتقدم ولا يوجب ذلك نسخا ويكونان كانهما وردا معا وانما كان يجب النسخ لو كان العام
هو المتقدم وكان الخاص هو المتاخر لانه كان يوجب رفع بعض احكامه الثابتة وقد ذكرنا في صورة النسخ
ما يوضح ذلك انا لو جعلنا المتقدم مخصصا للمتاخر لم يكن ذلك نسخا واذا جعلنا المتاخر مخصصا للمتقدم
كان ذلك نسخا لا محالة اذ قد ثبت انه لا يجوز تاخير البيان ولانه جار مجرى تاخير هذا القول لتخصيصه
فلا وجه مع هذا القول لتخصيص المتقدم بالمتاخر الا النسخ فان قيل فقد روي ان سبيعة بنت الحارث
الاسلمية وضعت بعد وفاة زوجها ببضع وعشرين ليلة وروي شهرا وروي اربعين ليلة فاذن
رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في ان تتزوج قيل له الكلام في هذا الخبر على وجهين
احدهما انه متاخر عن قوله يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وقد ثبت ان المخصص اذا تاخر اقتضى
النسخ اذ لا يجوز حمله على البيان لان تاخير البيان لا يجوز وقد ثبت فساد القول به واذا ثبت انه يقتضي
النسخ فلا يجوز نسخ القرآن بخبر الواحد عند جميع الامة فوجب سقوطه فان قيل ومن اين لكم
تاخر حديث سبيعة عن قوله سبحانه يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا قيل له لوجهين احدهما
ما روي من قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول
غير اخراج نسخ بقوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا فلو كان حديث سبيعة متقدما
على الاية لكان هو الناسخ لاية الحول دون ما روي من تربص اربعة اشهر وعشر والثاني ما روي ان ابا
السنابل بن بعكك انكر على سبيعة ولا يجوز ان ينكر الا وقد عرف حكم الاعتداد فدل ذلك في هذا الوجه
ان الاية سابقة والوجه الثاني من الكلام في الحديث انه متاول على ان زوجها كان ابتَّ طلاقها
قبل وفاته واطلق عليها اسم الزوج توسعا وجائز ان يكون النبي صلى الله عليه وآله وسلم عرف ذلك
من حالها فافتى بذلك وليس هناك لفظ يوجب العموم فكل التعلق به ومما يدل على ذلك ما اجمعنا عليه
من ان الحائل اذا مات عنها زوجها لم تنقض عدتها قبل اربعة اشهر وعشر وكذلك الحامل والعلة انها
عدة وجبت بوفاة الزوج فوجب ان لا تنقضي قبل ما ذكرناه وقياسنا هذا اولى من قياسهم
على المطلقة الحبلى لوجوه منها ان المتوفى عنها زوجها بالمتوفى عنها زوجها اشبه منها
بالمطلقة ومنها ان عدة المطلقة وضعت على الاختلاف الا ترى ان عدة ذوات الحيض منهن خالف
عدة الآيسة واللائي لم تحض ولم يمتنع ان تخالف عدة المطلقة الحبلى عدتهن وعدة المتوفى عنها
زوجها وضعت على الاتفاق وانها لا تنقضي قبل مضي اربعة اشهر وعشر الا ترى انه يستوي
فيها حكم ذوات الحيض والآيسات واللائي لم يحضن فوجب ان يستوي في ذلك حكم الحبلى منهن
وحكم غيرها ومنها ان عدة المتوفى عنها زوجها موضوعة على التشديد الا ترى ان العدة

وابا مهات ابنه ويلزم من الحداد فيها الا في عدتها ويلزم المدخول بها وغير المدخول بها وعلى
ذلك ان تكون ابعد الاجلين ومذهبنا ان قياسنا يقتضي الحظر والاحتياط وهذه زيادة
شرعيه **فان قيل** موضع العدة انما هو استبراء الرحم ولا وجه لاستبراء الرحم بعد الوضع
قيل له العدة وان كانت موضوعة في الاصل لاستبراء الرحم فلا خلاف انها قد تجب حيث لا مساغ
فيه لاستبراء الرحم الا ترى ان المطلقة اذا مات عنها زوجها كانت العدة وكذلك الكبيرة اذا مات
عنها زوجها الطفل يلزمها العدة وكذلك من مات عقيب عقد النكاح كما ان تمام الحيض
يلزم زوجتها العدة وكل هو لا وجه لاستبراء ارحامهن فلم يمتنع مثله في الموضع الذي اختلفنا
فيه على ان الشافعي يذهب الى ان الصغير اذا مات وله زوجة حبلى فوضعت قبل مضي اربعة اشهر
وعشر فعليها ان تعتد الى انقضاء العدة وهذا مما يحصل اصلا لما نحن فيه **مسألة**
قال ولا فصل في العدة بين الامة والحرة ولا فصل بين ان تكون تحت حر او عبد وهذا منصوص
عليه في الاحكام والمنتخب وهو مما مضى الكلام فيه مستقصى في كتاب النكاح وباب نكاح المماليك
فلا وجه لاعادته **مسألة** قال وكذلك على زوجة المرتد من العدة ما على غيرها وكذلك
عدة الذمية اذا اسلمت وطلقها زوجها مثل عدة المسلمة وهذا منصوص عليه في الاحكام والاصل في
انها تلزم زوجة المرتد فكذلك زوجة الذمي ولان الفرقة تطرأ على النكاح فوجب ان تكون حكمها
حكم سائر المسلمات **فصل نص يحيى بن الحسين عليه السلام** في الاحكام ان
الحربية اذا اسلمت وهاجرت الى دار الاسلام وهي ذات بعل لم يكن لها ان تتزوج حتى تعتد وبه قال
ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا عدة عليها واختلفت الرواية انه ان كانت حبلى فروي انه ليس لها
ان تتزوج قبل الوضع **والاصل** في ذلك انها فرقة طرأت بالاسلام على المدخول بها فوجب
ان تلزمها العدة دليله اذا اسلمت زوجة الوثني وان شئت قلت فرقة طرأت لاختلاف الدينين فوجب
ان تلزمها العدة دليله امرأة المرتد على ان ابا بكر الجصاص حكى ان الاصح والاشبه على قول ابي حنيفة
ان الحامل اذا اسلمت وهاجرت ولها زوج في دار الحرب لم يكن لها ان تتزوج حتى تضع فيمكن ان يعترض عليها
القائل بعلة انها مسلمة هاجرت ولها في دار الحرب زوج حربي فوجب ان لا تتزوج حتى تمضي زمان
عدة مثلها والاصول تشهد لصحة ما قلناه لان الفرقة العارضة بعد الدخول بالزوجة من اي وجه
عرضت فالعدة واجبة **فان قيل** حقوق اهل الحرب منقطعة عن دار الاسلام والعدة حق الزوج
فلا يلزمها حق زوجها الحربي المقيم في دار الحرب **قيل له** العدة وان كانت حقا للزوج فقد يجب مع
انقطاع حقوقه الا ترى انه يجب بها على من توفي عنها زوجها وان كان الزوج قد انقطعت حقوقه
على ان المطلقة ثلاثا قد انقطع عنها حقوق زوجها ومع هذا يلزمها العدة على ان ما ذهبنا اليه
يوجب عبادة وحظرا واحتياطا فهو اولى ويوضح ذلك ويدل عليه ما روي ان عكرمة ابن ابي جهل
هرب من مكة وهو مشرك فاسلمت امرأته ثم رجع بعد ذلك وهي في العدة فرجع اليها بالنكاح
وكذلك زوجة صفوان فدل ذلك على ان كونها في دار الاسلام مع كون زوجها حربيا في

دار الحرب لا توجب سقوط العدة عنها **مسألة** قال: ولا تخرج المتوفى عنها زوجها ولا تختضب
ولا تطيب ولا أن تلبس ثوباً مصبوغاً ولا أن تمتشط مشطاً حسناً ولا أن تشد قرناً بشعر ولا
تكتحل إلا أن تضطر إليه وتعتد حيث شاءت، وجميعه منصوص عليه في الأحكام. أما ما ذكرناه من اجتناب
الحداد على المتوفى عنها زوجها فهو قول العلماء لا نحفظ فيه خلافاً، وحكي عن الحسن أنه كان يرى أن ذلك
مباح غير واجب. وقد روى ابن أبي شيبة عن يحيى بن سعيد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال: كان
ينهى المتوفى عنها زوجها أن تكتحل ولا تختضب ولا تطيب ولا تلبس ثوب عصب، وهو قول أمير المؤمنين
عليه السلام رواه عنه زيد بن علي عليه السلام ولا مخالف فيه من الصحابة، فحل ما كان من هذا الباب إجماعاً. وروي نحوه
عن أم سلمة قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها
زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها؟ فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: لا، مرتين أو ثلاثاً، قال: إنما هي أربعة
أشهر وعشر، وقد كانت إحداكن ترمي بالبعرة على رأس الحول. فكذلك ذكر عن الحسن فيما ذكرناه ثابت. وقوله: ولا تلبس ثوباً
مصبوغاً المراد به الصبغ الذي يكون للزينة، فقد نبه عليه يحيى بن الحسين عليه السلام بقوله: ولا تمتشط مشطاً حسناً.
وقلنا إنها لا تسافر لا للحج ولا للعمرة ولا لغيرهما لأنه إخلال بسنته. وروى زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليه
السلام أنه قال: المتوفى عنها زوجها تخرج بالنهار ولا تبيت في غير بيتها. وروى حماد بإسناده
أن عبد الله رد نسوة كثيرة من ظهر الكوفة توفي عنهن أزواجهن حاجات ومعتمرات. وروي عن عمر أنه رد نسوة
من ذي الحليفة حاجات أو معتمرات توفي عنهن أزواجهن. قال الله تعالى: لا تخرجوهن من بيوتهن
ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة. وقلنا إنها لا تكتحل إلا أن تضطر إلى ذلك لأنها ممنوعة من الزينة
ولم يمنع التداوي، ولما رواه أبو داود في السنن عن أم سلمة أنها قالت للتي سألتها عن الكحل وقد توفي عنها
زوجها: لا تكتحلي إلا من أمر لا بد منه. فإن قيل: فقد رويتم أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
قال للتي سألته عن ابنتها أنها اشتكت عينها فهل تكحلها؟ فقال: لا. قيل له: ذلك محمول على أنها لم تكن اضطرت
إلى الكحل، ولأن الضرورة قد جعلت عذراً في سائر العبادات فكذلك في هذه العبادة. وما ذهبنا إليه من أنها
تعتد حيث شاءت من بيتها أو بيت زوجها هو قول أمير المؤمنين عليه السلام، حكى ذلك عنه القاسم بن إبراهيم
عليهما السلام، وروي عنه عليه السلام. وروى بإسناده عن الحسن أن علياً عليه السلام نقل ابنته أم
كلثوم لما قتل عمر. وروي نحوه عن ابن عباس، وروي عن عبد الله أنها لا تخرج حتى توفي العدة، وبه قال
أكثر الفقهاء. **والدليل** على صحة ما ذهبنا إليه قول الله تعالى: والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً
يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً، فأمرهن بالتربص ولم يشترط مكاناً دون مكان، فوجب بظاهره أن
يكون لها الخيار في الأماكن. ويدل على ذلك قوله تعالى: متاعاً إلى الحول غير إخراج. **فإن قيل** قوله تعالى
متاعاً إلى الحول منسوخ. **قيل له**: النسخ يتناول منها زوال العدة دون صفتها، فلا يجب إذا لزم الآية أن
صوم عاشوراء لما نسخ وجوبه لم يجب أن يكون سائر أحكامه منسوخة. **فإن قيل**: فقد روي أن فريعة
بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري كان زوجها في طلب عبد له فقتل بطرف القدوم فأتت النبي صلى الله عليه
وآله وسلم فقالت: يا رسول الله إني في دار وحشة، أفأنتقل إلى أهلي؟ فأذن لها، فلما خرجت إلى الحجرة أو المسجد



فقال

ووقتها فقال تعتدي في البيت الذي اتاك فيه نعيه حتى يبلغ الكتاب اجله اربعة اشهر وعشرا فاعتدت
فيه اربعة اشهر وعشرا قيل له هذا الخبر لو استقر للناس كان اولى وذلك ان النبي صلى الله عليه
واله وسلم اذن لها في ذلك حين استأذنت ولا يجوز ان يأذن النبي صلى الله عليه واله وسلم في امر
محظور عليها فدل ذلك على ان النقل كان جائزا لها ولا يمكن ان يترك بقوله صلى الله عليه
واله وسلم بعد ذلك اعتدي في البيت الذي اتاك فيه نعي زوجك على ان النقل محظور لان هذا يقتضي
النسخ وقد دلت الدلالة على ان نسخ الشيء قبل وقت فعله غير جائز وانه يدل على البداء فاذا كان هذا
هكذا وجب حمل قوله اعتدي في البيت الذي اتاك فيه نعي زوجك على وجه المشورة وابتغاء الصلاح
فان قيل ما انكرتم على من قال لكم ان الامر الاخير لا يجوز حمله على المشورة وابتغاء الصلاح وان الامر الثاني
محمول على الوجوب قيل له الفرق بين الامرين ان المباح قد يجوز ان يؤمر بتركه لضرب من الرأي وضرب من
الصلاح وليس كذلك المحظور لانه لا يجوز ان يؤمر بالاستئناف بارتكابه لضرب من الرأي واذا ثبت هذا
فالاولى ان يحمل الاذن على الاباحة الشرعية والمنع على الرأي والمشورة **مسألة** قال اما
المطلقة فلا يجب عليها ان تتركا التزين والتطيب ولا بأس ان تظهر ما يجوز اظهاره من ذلك لزوجها ترغيبا له
في نفسها ان كانت له عليها رجعة وعلى انه تعتد في منزل زوجها وعلى الرجل ان يعرض من النظر الى
شعرها وجسدها او شيء من عورتها فهذا منصوص عليه في الاحكام ولا اشكال ان المطلقة تطليقة
رجعية لا احداد عليها لنصه على ذلك في الاحكام في المطلقة رجعية واما المبتوتة فظاهر قوله
في غير المطلقة يوجب انه لا احداد عليها ايضا وكذلك تخصيصه الاحداد بعدة المتوفى عنها
زوجها يقتضي ذلك ويوجب ان يكون حاصل المذهب ان المطلقة لا احداد عليها سواء كانت
مبتوتة او كانت عليها رجعة وان كان ابو العباس الحسني رحمه الله تعالى اشار الى خلاف ذلك وما
ذكرناه هو الاظهر من قول الشافعي واما ابو حنيفة فانه اوجب الحداد في الاحداد على المبتوتة دون من عليها
رجعة حكى ذلك ابو الحسن الكرخي في المختصر وحكى ابن جرير عن ابي ثور ان الحداد يلزم كل معتدة
وان كانت عليها رجعة او كان اعتدادها عن نكاح فاسد **والاصل** في ذلك قول النبي صلى الله عليه واله
وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام واستثنى من مات زوجها
عنها فوجب ان يكون غيرها ممنوعة من الاحداد في العدة على ان الاحداد حظر مباحات وعبادة شرعية
فلا يمكن اثباته الا بالدلالة على ان المطلقة الرجعية عند اكثر العلماء انه لا احداد عليها وكذلك
المبتوتة بعلة انها معتدة من طلاق او بقياسها على المعتدة لغير الوفاة ومن خالف في ذلك فحمل حكم اختلاف الاسم
فقال هو عبادة موضوعة لا سيما الزوج لم يعقبها الوفاة فوجب الا يلزمها الحداد **فان قيل** قيسوها على
المتوفى عنها زوجها بعلة انها اعتداد لا رجعة فيها كان ذلك منتقضا بالاعتداد من وطء الشبهة
فان احترزوا من ذلك **قيل لهم** العلة في ذلك تعظيم وفاة الزوج لا سيما ان العدة منها تلزم
المدخول بها وغير المدخول بها فليس لهم ان يقولوا انها علة مقتصرة لانها متعدية الى الذمية
اذا مات عنها الذمي والظاهر من مذهب يحيى عليه السلام انها والمسلمة في ذلك على سواء على ما ذكرنا

في نفسها وصالح

موضوعة لاظهار الحزن واظهار الحزن يجب للوفاة دون الطلاق البائن لان المرأة ان ترجع الطلاق
وتلمسته وتبذل المال عليه على بغض الوجوه وما كان كذلك فلا يجب الحزن عليه على ان حكم العدة
من الطلاق بحكم عدة الطلاق اشبه من حكم عدتها بحكم عدة الوفاة على انها عدة لا تلزم الا بالدخول
فوجب ان لا يجب فيه الحداد كالعدة من الطلاق الرجعي ويوكد ذلك قوله تعالى لا تحرموا طيبات ما
احل الله لكم ٥ وقلنا ان لها ان تتطهر ببعض الزينة لزوجها ترغيبا لانه مباح لها ان ترغبه في الرجعة
وترغب زوجها فيها فجاز ان تتطهر ببعض الزينة وقلنا ان على الزوج ان يحترز من النظر الى شعرها
وتجردها لانها مطلقة ووجب ان تكون سبيلها في ذلك سبيل المبتوتة ولان عقد النكاح قد انحل لانه
قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك يعني احق بردهن الى الملك وذلك لانها زالت عن الملك فجعل
وكذلك قوله تعالى بعد ذلك ان ارادوا اصلاحا ظاهر موضع الاصلاح صلاح ما شعث من
العقد قد تبين. مسئلة قال ولو ان امرأة طلقها زوجها قبل ان يدخل بها فلا عدة عليها
وان خلا بها وهي لا تصلح للجماع استحسنت العدة لها وعدة المطلقة كعدة سائر المطلقات حيضه
منصوص عليه في الاحكام في المعنى عن ما ذكرناه من استحسان العدة على التي خلا بها زوجها
وهي لا تصلح للجماع فانه منصوص عليه في المنتقى فقط اما ما ذكرناه من ان المطلقة قبل الدخول لا عدة
عليها فلا خلاف فيه وورد النص به قال الله تعالى اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل
ان تمسوهن الاية وقلنا ان خلا بصبية لا تصلح مثلها للجماع لم يستحسن تزويجها الا بعد انقضاء العدة لانه لم
يثبت وجوب العدة لان العدة تعلقت بالدخول والدخول هو الوطء والخلوة تعلقت بمن يصلح
للجماع على ما بيناه في كتاب النكاح فاذا خلا بها وهي لا تصلح للجماع لم يكن لتلك الخلوة حكم فلم يجب
ان يحكم بوجوب العدة اذ كانت لم يحل زوجها بها حكما ووجه الاستحسان انها قد استحل منها ما هو
محرم على غيره من الخلوة بها فاشبه حكمها الحكم التي لا تصلح للجماع فلم يستحسن تزويجها الا بعد انقضاء العدة
وهذا حكم التي يشتهى مثلها دون من لها اشهر او سنة او سنتان لان مثلها لا يحرم النظر الى جسدها
ولا الخلوة بها اذا لم يحرم ذلك ممن يشتهى مثلها وقلنا ان عدة المختلعة كعدة سائر المطلقات لان
المختلعة عندنا مطلقة اذ قد دللنا على ان الخلع طلاق وقال الله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن
ثلثة قروء على اني لا احفظ فيه خلافا مسئلة قال ولو ان رجلا اعتق ام ولده او مات عنها
استبرى رحمها بحيضتين والمنذر اولى ان تعتد بها ان كان مات عنها فان كان اعتقها ثم زوجها
ثم مات عنها كانت عدتها كعدة غيرها من النساء وهذا منصوص عليه في الاحكام وحكى المعلى
ان عدتها الواجبة بالعتق او الوفاة حيضتان وحكى ابو العباس الحسني رحمه الله تعالى مثل هذا القول
عن مكحول وابو حنيفة يجعلها ثلاث حيض والشافعي يجعلها حيضة واحدة ووجه ما ذهبنا اليه انه
قد ثبت ان عدتها جارية مجرى الاستبراء دون العدد وقد ثبت ان الاستبراء يكون بحيضتين حيضة للبائع
وحيضة للمشتري وهذا ما استلف القول فيه في مسئلة الاستبراء فيجب على ذلك ان يكون من وطء
المالك لها ووطء الزوج حيضتان واذا ثبت ذلك ثبت في العتق او الوفاة الوطء منهن

يلزمها حيضتين واذا ثبت ذلك فلم ينفصل احد بينهما وبين من بلي العتق او الوفاة ووجب ان يكون كذلك حكم اسبراء جميعهن وانما قلنا ان حكم عدتهن حكم الاستبراء لانه متعلق بزوال الملك ومن حكم العدة ان تجب للوفاة الطارية في النكاح او الوطء يحصل من شبهة ويمكن تحرير القياس فيه فيقال لما كان استبراء الرحم يتعلق بزوال ملك عين مستقر في الاسلام وجب ان يكون بين الوطئين او تقتضيه ملك حيضتين ايضا لا يلزمها عدة بها الوفاة من زوال الملك فوجب ان لا يلزمها عدة الطلاق دليله المبيعة **فان قيل** روى عن علي عليه السلام انه قال يعتد بثلاث حيض **قيل له** هو وجه الاستحباب عندنا فاما اذا اعتقها وتزوجها ومات عنها فلا خلاف انها تعتد اربعة اشهر وعشرا لانها زوجة وكذلك لو طلقها وجب ان يلزمها عدة المطلقة

كتاب الظهار

باب القول في الظهار اذا ظاهر الرجل من امرأته

وهو ان يقول لها انت علي كظهر امي او كبطنها او كفرجها او كرجلها او كساقها او كفخذها او يقول كامي وينوي بذلك الظهار فاراد مماستها وجب عليه الكفارة قبل ان يمسها وفي هذه الجملة سطور على ثلاث مسائل

المسألة الاولى ان الرجل يكون مظاهرا باي شيء ذكر من امه وهذا منصوص عليه في الاحكام **الثانية** انه لا يكون مظاهرا الا ان ينوي الظهار وهذا منصوص عليه في الاحكام **والثالثة** ان وجوب الكفارة يتعلق بارادة المماسة وهذا ما خرجه ابو العباس الحسني رضي الله عنه من قوله في الاحكام من ظاهر من امرأته فلا يحل له مدانا بها الا من بعد ان يكفر فنبه على ان التكفير لاستباحة وطئها وعليه حمل رحمه الله تعالى العود المذكور في الاية

المسألة الاولى ذهب الشافعي فيها الى مثل قولنا وقال ابو حنيفة الظهار يقع باشياء الظهر والبطن والفرج والفخذ **ووجه** ما ذهبنا اليه انهم لما اجمعوا على ان الرجل قد يكون مظاهرا بذكر الفرج والبطن كما يكون مظاهرا بذكر الظهر دل على ان حكم الظهار غير مقصور على الظهر على ما تقتضيه الاشتقاق ثبت انه يجب ان يشيع في ذكر اي بعض من ابعاض الام فصح ما ذهبنا اليه اذ ليس شيء من ابعاضها اولى بذلك من سائرها ويحرر القياس فيه بان يقال قد ثبت ان الرجل اذا قال لزوجته انت علي كظهر امي ان يتعلق به الظهار فكذلك اذا شبهها بسائر ابعاض امه والمعنى انه شبهها ببعض من ابعاض امه **فان قيل** هذا غير ما ذكرتم لعلمنا بل الاقتصار عليه يقتضي المنع من العائش فصار ذلك دليلا لنا ادل على ان جميع ابعاض الام قد اشتركت في انه يحرم على الاستمتاع بها فوجب ان يخص حكم الظهار بذكر جميعها اذ اصل الظهار يقتضي التحريم واذا شبهها بما هو محرم عليه من امه وجب ان يكون يتعلق حكم الظهار به مشترك على انهم لا يختلفون في ان قول الرجل انت علي كظهر امي يجوز ان يكون ظهارا ولا يصح العود بان الرجل يحرم عليه النظر الى امه فان الحكم غير مقصور على ما ذهبوا اليه دونما يوكد ذلك ما قد ثبت ان الظهار لا يكون بذكر كل محرم على الرجل وانه اذا ذكر المحرم عليه من امه كان مظاهرا باي عضو ذكر من المراة كان يقول انت كيدي وذلك

أو نحو ذلك على الظهار إذ قد نص في ذلك في العتاق وسنبين الكلام في ذلك في كتاب العتاق إن شاء الله
وأما المسألة الثالثة وهي أنه لا يكون مظاهرا إلا بالنية فما ذكرناه من الدلالة
على أنه لا يكون مطلقا إلا بالنية يدل على أنه لا يكون مظاهرا إلا بالنية وكذلك اتفاقهم
على أنه لا يكون مظاهرا إذا ذكر كناية الظهار كقوله أنت علي كأمي إلا بالنية يدل على ما ذكرناه
وقد بينا الطريقة فيه في مسألة نية الطلاق واستقصيناها فلا وجه لإعادته المسألة الثالثة وأما
القول بأن وجوب الكفارة يتعلق بإرادة المماسة وأن قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة
متأول عليه فهو قول أبي حنيفة وأصحابه وحكي نحوه عن الحسن وقتادة وسعيد بن جبير وكذلك روي عن ابن عباس
وأخبرني أبو العباس الحسني قال حدثنا إبراهيم بن علي قال حدثنا علي بن الهيثم عن المعتمر وشريك عن ثابت بن عمرو
اليماني عن عكرمة عن ابن عباس في قوله ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة قال ابن عباس يريد أن يجامعها
قبل أن يكفر وقال الشافعي هو أن يمسكها بعد القول زمانا يمكنه تحريمها بالطلاق فيحصل الإمساك
عقيب القول مع التمكن وحكي عن مجاهد أنه قال العود على نفس اللفظ وقال آخرون المراد به العود إلى ما نهي
عنه مما كانوا يقولونه في الجاهلية وحكي عن مالك أن العود هو الوطء وحكي عن داود أنه حمله على إعادة
القول مرة أخرى والذي يدل على صحة ما ذهبنا إليه في هذا الباب أنه مروي عن ابن عباس على ما بيناه ولم
يرو خلافه عن أحد من الصحابة فجرى مجرى الإجماع فوجب أن يقضى بصحته ويدل على ذلك قوله سبحانه
فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فنبه على أن الكفارة لرفع التحريم الواقع وهو تحريم الوطء فإذا ثبت ذلك
ثبت أن وجوبها إنما هو لرفع ذلك التحريم ومما يبين فساد ما ذهب إليه الشافعي أن الظهار لا يؤثر في
النكاح وإنما يؤثر في تحريم الوطء فكان الواجب أن تكون الكفارة لإزالة تأثير الظهار دون ما لا يتعلق
بالظهار ولا تأثير فيه فإذا ثبت ذلك ثبت أن يكون وجوبها لإزالة التحريم لا للاستمرار على النكاح الذي لم
يؤثر فيه الظهار وإذا ثبت ذلك ثبت ما ذهبنا إليه من أن الكفارة تجب لاستباحة المماسة إذا أرادها
بعد الظهار ومما يدل أيضا على فساد قول الشافعي قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا وثم في لغة العرب
موضوع للتراخي فعلق سبحانه الكفارة بأمر متراخ والإمساك الذي ذهب إليه الشافعي يلي الظهار فأوجب
الظهار تعلق الكفارة بغير الإمساك على أن الله تعالى أوجب الكفارة بعد العود وإمساك المرأة وترك
طلاقها ليس يسمى في اللغة ولا في العرف عودا فإن قيل فأنتم أيضا لا توجبون الكفارة بنفس ما جعلتموه عودا وإنما
تمنعون وطأها حتى يكفر قيل له الظاهر يقتضي ذلك لأن قوله ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة مثل قوله إذا
قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وقوله تعالى إذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدي نجواكم صدقة فكما أن الطهارة
لزمت من أراد الصلاة قبل الصلاة والصدقة لزمت من أراد المناجاة للرسول صلى الله عليه وآله وسلم قبل النجوى
كذلك كفارة الظهار تلزم من أراد الوطء قبل الوطء لأن تقدير الآية من أراد المماسة فليكفر قبل المماسة كتقدير آية
الطهارة وآية الصدقة وأما ما حكي عن مجاهد فالظاهر يقتضي خلافه لأن الله تعالى فصل بين الظهار وبين العود بثم
فالظاهر أنهما أمران منفصلان متراخيان الثاني عن الأول وهو يجعلهما أمرا واحدا وما حكي عن مالك أيضا يقتضي
الظاهر خلافه لأن الله تعالى أوجب الكفارة بعد العود وقبل المسيس بظاهر قوله ثم يعودون لما قالوا فتحرير

رقبة فاحتاج أن تكون الكفارة بعده لا يجوز تقديمها الذي يجب أن نخرج عن الكفارة على أنه لا خلاف بيننا وبين الشافعي في أنه لو
ظاهر ثم طلق لم يلزمه الكفارة وكذلك إذا لم يطلق والمعلوم أن المظاهر لم يرد إمساك زوجته وكذلك لو
حكي عن داود فظاهر لفساده لأنه لم يحك عن أحد من السلف ذلك في قوله يظاهرون من نسائهم يطلقوا على ظاهر
مرة أو ظاهر مرتين فإذا ثبت ذلك ثبت أن الكفارة وجبت لا من سوى الظهار لأنه تبارك وتعالى قال والذين
يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة مؤمنة فأثبت عوداً عن الظهار به فجعل وجوب
الكفارة على أن ما روي من حديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أمرهما بالكفارة
من غير أن يبين لهما هل عزما العود وجعل ذلك شرطاً فيها الزمهما يدل على أنه لا اعتبار بما قالوه أن الظاهر
لا يقتضي ما قالوه لبينا بلا لو قال حرم فلان كذا على نفسه ثم عاد لما حرم لم يعقل من ظاهر قوله
تكرير لفظ التحريم وإذا ثبت أن الظاهر لا يقتضيه وجب أن يرجع إلى ما سواه فكان أولى الوجوه ما
ذكرنا على ما بيناه ورتبناه **مسألة** قال والكفارة أن يعتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين
متتابعين فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً من المسلمين لم يحل له من بعد ذلك حتى يأتيها وهذا منصوص عليه
في الأحكام **وهذه الجملة** لا خلاف فيها **والأصل** قول الله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم
ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة مؤمنة الآية وروي أنها نزلت في شأن خولة بنت مالك وما لحق بها
وقيل جميلة رواه يحيى عليه السلام في الأحكام وأبو داود في السنن بألفاظ مختلفة وروي أنها كانت
تحت أوس بن الصامت فأتت النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقالت ظاهر مني زوجي أوس وشكت حالها
إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأنزل الله تعالى هذه الآية فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم يعتق رقبة
قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم
ستين مسكيناً قالت ما عنده شيء يتصدق به قال فإني سأعينه بعرق من تمر فقالت وأنا أعينه بعرق آخر
قال قد أحسنت اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك وروى أبو داود في السنن
وغيره حديث سلمة بن صخر قال كنت امرأً أصيب من النساء ما لا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان
خفت أن أصيب من امرأتي شيئاً فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان فبينا هي تحدثني ذات ليلة إذ انكشف
لي منها شيء فلم ألبث أن نزوت عليها فلما أصبحت انطلقت إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأخبرته فقلت
له أنا صابر لحكم الله فاحكم فيّ ما أراد الله قال حرر رقبة قلت والذي بعثك بالحق نبياً ما أملك رقبة
غيرها وضربت صفحة رقبتي قال فصم شهرين متتابعين قال فهل أصبت الذي أصبت إلا في الصيام قال فأطعم
وسقاً من تمر ستين مسكيناً قلت والذي بعثك بالحق نبياً لقد بتنا يومنا وما لنا طعام قال فانطلق إلى
صاحب الصدقة بني زريق فليدفعها إليك وأطعم ستين مسكيناً وفي بعض الحديث فكل أنت وعيالك بقيته
وروى زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام وكفارة المظاهر مثل ذلك واختلفوا هل يجوز
أن تصرف إلى أهل الذمة فأجازه أبو حنيفة ومنعه الشافعي وهذا قول الهادي عليه السلام **ووجه** ذلك ما
أجمعوا عليه من أن الزكوات لا يجوز دفعها إلى أهل الذمة فكذلك الكفارات والعلة أنها صدقة مفروضة
وكل صدقة مفروضة لا يجوز صرفها إلا إلى أهل الإسلام وهو أولى لما فيه من الاحتياط للمؤدي ولفقراء المسلمين

الظهار

في الإطعام

وقوله في الاحكام بعد ذكر الكفارات الثلاث ثم قال الا انها مرتبة يدل ذلك على انه يوجب تقديم الاطعام
كما يوجب تقديم العتق والصيام وهو قول اكثر الفقهاء وحكي عن ابي هريرة والثعلبي [illegible] انهم
ذهبوا الى انه يجوز الوطء قبل الاطعام لان الله تعالى لم يشترط في الاطعام ان يكون قبل المسيس كما اشترط
في العتق والصيام وهذا غير صحيح وذلك انه قد ثبت ان الكفارة انما وجبت لرفع التحريم الواقع بالظهار
فالتحريم حاصل حتى يحصل الكفارة اطعاما كان او غيره على انه لا خلاف في وجوب تقديم العتق والصيام
على الوطء فكذلك تقديم الاطعام والعلة انها كفارة الظهار يجب تقديمها على الوطء فصل قال في
الاحكام فان لم يجد رقبة صام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا او يكون منه جماع فدل
ذلك على تحريم المباشرة والتلذذ بها قبل الكفارة كما يحرم الوطء لانه فصل بين المداناة والجماع فيجب
ان التحريم سار في غير الجماع وبه قال ابو حنيفة قال ابو علي ابن ابي هريرة اختلف اصحاب الشافعي فيه
فمنهم من قال انه على قولين ومنهم من قال قول واحد في الاستحباب دون الايجاب ووجه ما ذهبنا
اليه ان تحريم الظهار تحريم حاصل بقول من الزوج يمكنه رفعه فوجب ان يحرم به الوطء وتوابعه دليله تحريم
الطلاق الرجعي وليس يجب ان يكون حاله حال التحريم المتعلق بالحيض والصوم لانه لا يتعلق بقول من
الزوج ويؤكد ذلك انه لما شبهها بالام وجب ان يحرم عليه دواعيها كما حرم عليه وطء الام يوجب ما [illegible]
على ذلك ان يحرم عليه التلذذ بها كما حرم عليه التلذذ بالام ولم يكن يحل له التلذذ بها [illegible]
الا بعقد النكاح او ملك اليمين مسألة قال ويجب ان تكون الرقبة التي يعتقها مؤمنة بالغة او غير
بالغة ويجوز ان يكون طفلا او مجنونا ولا يجوز ان يكون كافرة ولا بأس ان يكون مكفوفا او اعرج او اشل او اخرس
والافضل ان تكون سليمة بالغة مسلمة وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجه قولنا انه لا يجزئ عتق الكافر
قول الله سبحانه يا ايها النبي جاهد الكفار والمنافقين واغلظ عليهم وهو ان الله تعالى مدح الذين اشتدوا
عليهم فقال اشداء على الكفار رحماء بينهم وقد علمنا ان العتق خلاف الغلظة والشدة عليهم فوجب ان لا يكون
من [illegible] بما مور به فبان ان المأمور بتحريره من لا يكون كافرا ويدل على ذلك ما روي ان رجلا جاء الى النبي
الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال ان علي رقبة افاعتق هذه فامتحنها بالايمان فقال اعتقها فانها
مؤمنة فلما قال صلى الله عليه وآله وسلم اعتقها فانها مؤمنة دل ذلك على ان الايمان شرط اجزاء العتق
في البالغ العاقل ويدل على ذلك ان الكفارات يجب ان تكون قربة وثبت ان عتق الكافر لا قربة فيه
فوجب ان لا يكون المعتق له مكفرا فان قيل ولم ادعيتم ان عتق الكافر لا قربة فيه قيل له لانا قد علمنا
من دين المسلمين انه لا قربة في ان يهدي الى من يقصد لقطع الطريق او محاربة الطائفة من المسلمين المحقين
ما يستعين به على السفر من الظهر والزاد وما جرى مجراهما بل يذم من فعل ذلك وكذلك لا قربة في ان يهدي
الى قوم قد اجتمعوا على المعازف والعزف والابقال والفواكه وآلات الشرب وكذلك لا قربة في ان يهدي
الى الزواني اللاتي يشتغلن بفسقهن بالزنا الطيب والمصبغات وآلات الزينة والحلي في جميع ذلك الاحسان
الى من يعلم او يظن انه يستعين به على الفسق والكفر فوجب الا يكون في عتق الكافر الذي يعلم او يظن انه يستعين
بعتقه على الكفر فان قيل ومن اين علمت ذلك او ظننت قيل له نقدر المسألة في عبد كافر يعلم او يظن انه يشتغل

بعتقه

بعضه ان يحصل على كفره فاذا ثبت ذلك ولم يفصل الخبر بينه وبين سائر الغير من الكفارات ومايدل
على ذلك انه لا خلاف بيننا وبين ابي حنيفة ان عتق الكافر لا يجزي في كفارة القتل فكذلك في سائر الكفارات
والعلة انه عتق للكفارة ويويد ما ذهبنا اليه انه احتياط في اداء الواجب وحسن نظر لارقا
المسلمين وتفرقة بين اصحاب النار واصحاب الجنة وفيه دعا للارقا الى الاسلام وتبعيد
لهم من الكفر فاما قولهم ان هذا زيادة في النص فلا يجوز اثباته قياسا فهو عندنا غير صحيح لانا
نخص العموم واصل ما ادعوه وربما قالوا ايضا لا يجوز حمل المطلق على المقيد قياسا وهذا عندنا ايضا
فاسد كالاول فلا معنى له وانما قلنا ان عتق الطفل والمجنون وذي العاهة يجري لعموم تحرير
رقبة ولم يذكر الصحيح ولا السليم لوجب ان يجزي وساير ما معناه اخرى عتق الكافر لا يمكن ان يعارض هذا
الموضع وقوله صلى الله عليه واله وسلم اعتقها فانها مومنة يدل على انه لم يراع فيها العاهات
التي هي العمى والشلل ونحوهما فدل ذلك على ما قلناه على انه لا خلاف بيننا وبين ابي حنيفة ان الاعور يجزي
وكذلك من قطع يده ورجله من خلاف فكذلك سائر ما ذكرناه والعلة ان اسم الرقبة يتناوله
على ان الشافعي يوافقنا في الاخرس والاصم والاحمق والصغير المطبق والاعور وان كان الاخير من قطع
يده او رجله فليس له ان يعترض علينا بنقصان الثمن لان جميع ذلك بمنزلة من له امراض وكذلك من منع من ذلك
بفوات المنفعة فان الذي ذكرناه يعترضه فان قالوا ان فوات اكثر المنفعة كان كثيرها مقيسا على قليلها
ولا يمكن ان يرد ذلك الى الاضحية لان الغرض بالاضحية يقع عن المصحي والغرض في العتق يقع للمعتق المعتو
على ان حاله كان ينفع العتق كما مثل به على ان ذا العاهة الى نفع الرق فما يخرج من الصحيح توجب الا يكون
ذلك شيئا مما نقص من الاجزاء على انه لا خلاف ان يجري الاطعام في كفارة الظهار جاير صرفه الى اولى العاهات
من المسلمين فكذلك نفع العتق والمعتق لهم من اهل الاسلام وهذا يوجب جواز عتق المكفوف والاشل
واذا ثبت ذلك فلم يفصل احد بينه وبين المجنون والطفل ولم يحكم لهما بالاسلام وقلنا ان الافضل ان يكون
الرقبة بالغا مسلما سليما لانه لا خلاف فيه ولانه عتق يجزي بالاجماع فكان اولى ولان الاحسان الى من يكون
مشتملا على الخليقة افضل من الاحسان الى غيره **مسئله** قال اذا ظاهر بغير الام لم يكن مظاهرا
وكذلك لا يكون مظاهرا ان ظاهر منها من الرضاعة وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب **والاصل**
فيما ذهبنا اليه براءة الذمة وان وطء المرأة مباح فلا يحظر الا بدلالة وانه لا سبيل الى ايجاب الكفارة الا بدلالة
شرعية ومما يدل على ذلك ايضا قول الله سبحانه والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم ان امهاتهم
الا اللائي ولدنهم وقوله تعالى وما جعل ازواجكم اللائي تظاهرون منهن امهاتكم وجه الاستدلال من
الاية ان قوله الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم تقديره الذين يظاهرون منكم من
نسائهم بامهاتهم وكذلك قوله عز وجل وما جعل ازواجكم اللائي تظاهرون منهن امهاتكم الا ترى ان
قايلا لو قال اقطع السارق لما كان له ان يقطع غير السارق كذلك قوله اقطع السارق من حرز
وكذلك لو قال اقتل الراجع عن دينه لما كان له ان يرجع عن الاسلام جوازا قوله اقتل الراجع
عن الاسلام حتى يكون السكوت عن ذكر الحرز في القطع وذكر الاسلام في القتل كالنطق بها بعينها

٢ وغيرها من ذوي محارمه لم يكن مظاهرا وهو احد قولي الشافعي وقوله الاخير يصح بكل ذات محرم
من نسب او رضاع وبه قال ابو حنيفة واصحابه والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح
وعن مالك يصح الظهار بالمحرم والاجنبية وبه قال عثمان البتي صح اصل

من ذكر الحور والاسلام وكذلك قوله الذين يظهرون من نسائهم هو السكوت عن ذكر الامهات فيه كالنطق به
لما تقدمه من ذكر الامهات وكذلك في قوله وما جعل ازواجكم اللائي تظهرون منهن امهاتكم وقد دل سياقها
بقوله ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم ان الامهات التي يتعلق الظهار بذكرهن هن الوالدات دون غيرهن واذا
ثبت ذلك جرى مجرى قوله والذين يظاهرون من نسائهم مجرى ان يقول الذين يظهرون من نسائهم بامهاتهم
اللائي ولدنهم فوجب ان يكون حكم الظهار مقصورا عليهن دون من سواهن على ما بيناه ومما يدل على ذلك
ان الظهار قد صار من طريق العرف في اللغة اسما لمن يقول لزوجته انت علي كظهر امي دون من سواها
لان العرب لم تكن تعرف الظهار الا بالام واذا كان اللفظ عرفيا ثم ورد به خطاب الله تعالى وخطاب
رسوله صلى الله عليه وآله وسلم وجب ان يحمل على ما يقتضيه العرف فاذا ثبت ذلك وجب ان يكون قوله
تعالى والذين يظاهرون من نسائهم بمنزلة ان يقول يظاهرون من نسائهم بامهاتهم لاقتضاء
العرف له الا ترى ان الربا وان كان في اصل اللغة اسما للزيادة في الجملة فقد صار من طريق العرف اسما
للربا المخصوص فمتى ورد لله تعالى ولرسوله خطاب وجب ان يحمل عليه فان قيل فان النبي صلى الله
عليه وآله وسلم لما قالت له خولة بنت مالك ان زوجي اوس ظاهر مني لم يقل لها اظاهر بالام
او بغيرها بل اوجب الكفارة فيه ولم يفرق فدل ذلك على ان الكفارة تتعلق بالظهار سواء كان الظهار بالام
او بغيرها قيل له قد بينا ان عرف اللغة قد اقتضى ان الظاهر انه اسم للظهار بالام وان ذلك كان معروفا
في العرف فحمله صلى الله عليه وآله وسلم حين سمعه على ما يقتضيه عرف اللغة اذ هو المفهوم بظاهر اللفظ
فتعلق الحكم عليه ولم يستثبت ما سألت عنه اذ كان ظاهر اللفظ لا يقتضيه على ما بيناه على ان الآية نزلت
في حكمه وحين شكت خولة امرها الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على ما وردت به الاخبار [illegible]
ما يدل على انه كان مظاهرا بالام على ما اوضحنا القول فيه ومما يدل على ذلك انه لا خلاف في ان من
ظاهر بالاب لا يكون مظاهرا وكذلك من ظاهر بامراة بغير الام سوى ذلك انه لو ظاهر منها بغير الظهر
نحو ان يظاهر ببطنها او بفرجها كان مظاهرا بالاجماع وكذلك ان ظاهر باي عضو من اعضائها
كان مظاهرا عندنا وعند الشافعي فدل ذلك على ان الحكم يتعلق بالظهار بالام وكذلك دليل صحة
ان الظهار المعروف كان بالام وهو الذي كانت الجاهلية تعده طلاقا ثم ورد الشرع به وعلق عليه حكم
الظهار الكفارة فوجب ان يكون حكم الكفارة مقصورا عليه فان قيل الفرق بين الطلاق والظهار
ان الطلاق يحصل بكل محرم ينوي به الطلاق وليس كذلك الظهار الا ترى انه لا يقع الظهار بالاجنبية
وبالام من الرضاعة واحد قولي الشافعي انه لا يقع بذات رحم محرم لم يكن حرم منها مشاهرة فلم يجز ان يكون
حكم الطلاق وهذا الباب حكم الظهار مسألة قال وسواء كان المظاهر حرا او عبدا الا
انه اذا كان عبدا لم يجزه في كفارته الا الصيام وكذلك لا فصل بين ان تكون الزوجة التي ظاهر منها حرة او امة
وهذا منصوص عليه في الاحكام وهو مما لا خلاف فيه والاصل فيه ما قدمناه من ان الخطاب الوارد
عن الله تعالى وعن رسوله صلى الله عليه وآله وسلم يكون خطابا للاحرار والمماليك وجب ان يكون قوله تعالى والذين

يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ولم يفصل بين العبد والحر ويستوي الاحرار والعبيد في حكم الكفارة غير ان العبد لا يكفر الا بالصيام لانه قد ثبت عندنا انه ممن لا يملك فهو اذا لم يجد الرقبة وقد قال الله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فاوجب الصيام على المظاهر اذا لم يجد الرقبة والعبد لا يجد الرقبة وكذلك لا يجزيه الاطعام لانه غير واجد له فوجب الا يجزيه الا الصيام فان قيل ما انكرتم على من قال لكم انه يجوز لسيده او لغيره ان يتصدق عنه كما يجوز ان يتصدق عن الفقير بامره قيل له لان الفقير ممن يجوز ان يملك فجاز ان يكون مخاطبا بالصدقة وجازت فيها النيابة والعبد ممن لا يجوز ان يملك فلم يصح ان يكون ممن يخاطب بالصدقة وقلنا انه لا فرق بين ان تكون الزوجة التي ظاهر منها حرة او امة لعموم قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم من الزوجات فلم يخص حرة من امة وليس الامة كالحرة اذا كانت زوجة وان طلاقها يصح وكذلك يصح الظهار منها والخلع لانها زوجة فكذلك وبوصفه ان يحرمها من جهة القول فكان كالحرة مسألة قال ولو ظاهر الرجل من ام ولده ومملوكته لم يكن ذلك ظهارا وهذا منصوص عليه في الاحكام وبه قال زيد بن علي عليه السلام وبه قال ابو حنيفة والشافعي وروي عن مالك انه يكون مظاهرا والدليل على ذلك قول الله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم واذا قيل نساء الرجل او امراة الرجل كان ذلك يجري على الزوجات عرفا فوجب ان يحمل ذلك على قوله تعالى الذين يظاهرون من نسائهم فان قيل فقد قال الله تعالى احل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم فدخل فيه الزوجات والاماء قيل له ظاهر الاية في الزوجات والاماء دخل فيهن بالدلالة ويدل على ذلك ايضا انها ليست بزوجة فلا يلحقها الطلاق فوجب ان لا يلحقها الظهار دليله الصبية والمختلعة والمطلقة ثلاثا ويصح ذلك ان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فنسخ ذلك بحكم من تغليظ الكفارة فمن لم يصح فيها الطلاق لم يصح فيها الظهار ويدل على ذلك ايضا انه تحريم ملك لا يصح الا من جهة القول الا اذا قال انت علي حرام لم يؤثر فيها وجب الا يلحقها حكم الظهار دليله الثوب والطعام ويبين ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه واله وسلم انه حرم على نفسه مارية القبطية فانزل الله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك ولم يجعل لذلك حكما مسألة قال واذا علق الرجل الظهار بوقت فيه وقع الظهار كما يقع الطلاق وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه ان الظهار يصح تعليقه بالوقت بدلالة حديث سلمة بن صخر انه كان ظاهر من امراته حتى ينسلخ شهر رمضان ثم جاء الى النبي صلى الله عليه واله وسلم فاخبره الخبر الى اخر الحديث فلما لم ينكر له النبي صلى الله عليه واله وسلم ان تعليقه بالوقت لا يصح كان مقررا له على ما اخبره من حكمه بالوقت واذا ثبت ذلك صح تعليقه بالوقت وجب ان يصح تعليقه بالشرط كالطلاق والعتاق والايمان لانها جاز تعليقها بالوقت جاز تعليقها بالشرط وما لم يجز تعليقه بالوقت لم يجز تعليقه بالشرط كالنكاح والبيع لانه لو تجاز دخول الشروط وليس يلزم عليه الاجارة لانها يجوز تعليقها بالوقت ولا يجوز ذلك ومراده بالوقت اي يجوز ان يحلها بالوقت ولا يخلو فاذا صح ما بيناه من دخول الشرط في الظهار وجب ان يقع به الحنث كما يقع به الطلاق والعتاق والايمان لان معنى وقوع الحنث الطلاق والعتاق ليس اكثر من حصول الشرط الذي علقا عليه فكذلك مسألة قال ولو ان رجلا قال ان تزوجت امراة بعينها او لا بعينها فهي علي كظهر امي ثم تزوج لم يقع الظهار اذ لا ظهار قبل النكاح وهذا منصوص عليه في الاحكام

وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفه يكون مظاهرا اذا تزوج بها ووجه ذلك ما قدمنا في منع الطلاق قبل النكاح يكشف ذلك ما اجمعنا عليه نحن وابو حنيفه من انه لا ظهار للمشرك لما لم يقع قوله محرما يرفعه الكفاره فوجب ان لا يكون قول الرجل للاجنبيه انت علي كظهر امي ان تزوجتك ظهارا لانه قول لا يليه تحريم يرفعه الكفاره على انه اذا نسبنا الظهار الى ذكرناها انه لا طلاق قبل النكاح ولم يحصل احد بينه وبين الطهاره فوجب ان لا يكون ظهاره قبل النكاح مسأله قال ولو ان رجلا له عده نسا فظاهر منهن كفر لكل واحده منهن كفاره فان لم يطق العتق عن كلهن اعتق عن بعض وصام عن بعض فان لم يطق الصيام عن كلهن صام عن بعضهن واطعم عن بعض وجميعه منصوص عليه في الاحكام اما ما ذكرناه من انه اذا ظاهر منهن كفر لكل واحده منهن كفاره فهو قول زيد بن علي عليهم السلام وبه قال ابو حنيفه وقول الشافعي ان كان ظاهر من كل واحده منهن ظهارا مفردا فاما ان كان ظاهر من كل منهن بكلمه واحده فقد كان اراه في هريره عنه قولين احدهما ان كفاره واحده تجزي والاخر ان عليه لكل واحده منهن كفاره والاصل فيما ذهبنا اليه ان الظهار يوجب تحريم الوطء فاذا ظاهر منهن فقد حرم وطء كل واحده منهن حتى يكفر لها كما نوجب رفع التحريم الا ترا انه اذا طلق عده من نسائه لم يرتفع التحريم الواقع الا بان يراجع كل واحده منهن فكذلك التحريم الواقع بالظهار لان لكل واحده منهن تحريما لا يجمع كالتحريم الذي يحصل باحرام الرجل بصيامه على ان الاصول تشهد لذلك لان كل وطء امراه حرم وطوها لا يرتفع الا برفعها لا يرتفع ذلك التحريم الا بامر يخصها على ان الشافعي لا يخالف فيمن ظاهر من كل واحده منهن ظهارا مفردا ان عليه لكل واحده منهن كفاره مفرده فكذلك اذا ظاهر منهن بكلمه واحده والمعنى انه مظاهر منهن وقلنا انه ان لم يطق العتق عن كلهن اعتق عن بعضهن وصام عن بعضهن لان الله تعالى اوجب للمكفر بالعتق واجاز العدول عن العتق الى الصيام لمن لم يجد العتق ولم يستطع الى الاطعام سبيلا فاذا اعتق عن واحده ولم يجد رقبه اخرى جاز له العدول الى الصيام كما لو لم يجد الرقبه الاولى كان له العدول الى الصيام وكذلك اذا صام عن واحده ثم لم يستطع جاز له العدول الى الاطعام مسأله قال ولو ان رجلا ظاهر من امراته مرات كرر فيه عن جمعهن كفاره واجزته ان لم يكن تعقب فان كان ظاهر ثم كفر ثم ظاهر وجب عليه كفاره بعد كفاره عن كل ظهار قل عدده او كثر وهذا منصوص عليه في الاحكام قال ابو حنيفه عليه لكل ظهار كفاره الا ان يكون نوى بالثاني الاول وهو القول الجديد للشافعي وقوله القديم مثل قولنا وقال زيد بن علي عليهما السلام ان كان قال ذلك في مجلس واحد فعليه كفاره وان كان قاله في مجالس شتى فلكل ما قاله في مجلس كفاره ووجه ما ذهبنا اليه انه لا خلاف في انه لا فصل بين ان يقول الرجل لزوجته انت طالق وان الرجعه لو اخره لرفع ما حصل من التحريم فوجب الا يكون فصل بين قوله انت علي كظهر امي وبين ان يقع ذلك منكرا لان الكفاره الواحده تكفي في رفع ما وقع من التحريم والعله انه لفظ له مدخل في تحريم الوطء فوجب ان يكون تكريره لا يوجب تكرير ما يرفع التحريم ويدل على ذلك ايضا انهم لا يختلفون في ان من كرر الظهار واراد بالثاني والثالث

الاول فليس عليه الا كفارة واحدة فكذلك ان نوى ظهارا بعد ظهار والمعنى انه كرر لفظ الظهار مرة ان
كان كفر ما تقدم فوجب ان يجب به كفارة واحدة بعد ما ذكرناه انا وجدنا في الاصول كل لفظ
ترفع حكما فلا تأثير لتكريرها ما لم تكن ترفع حكم اللفظة الاولى كلفظ البيع والعقد الموقت والاجارة
والنكاح والطلاق والعتاق فاذا ثبت ذلك وجب ان لا يكون لتكرير الظهار مع بقاء حكم اللفظ
الاول منه تأثير واذا لم يكن له تأثير لم تجب له الكفارة لا يكون كظهار الصبي والمجنون والمكره ويشهد
لقياسنا ايضا الاحداث الا ترى ان الحدث لما منع من الصلاة الا بعد التطهير كان الحدث الواحد كالاحداث
الكثيرة في ان الطهارة الواحدة ترفع احكامها وكذلك الاجتناب لما كان ما يمنع من الصلاة الا بعد الاغتسال
كان لا يفصل بين ان يحصل مرة او مرات وكذلك حصول الحيض والجنابة على ان قياسنا اشد الظاهر
قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا لانه يوجب كفارة واحدة ولم
يفصل بين من كرر القول او افرده وكذلك النبي صلى الله عليه وآله وسلم حين ظاهر سلمة بن صخر
وسلمة بن صخر بالكفارة لم يأمره الا بكفارة واحدة من غير ان يستعلم منه اهل كان منه
التكرار للظهار ام لا فكل ذلك يوضح صحة ما ذهبنا اليه فاما اذا ظاهر منها ثم طلقها ثم كفر
ثم ظاهر فلا خلاف ان عليه كفارة اخرى لانه لما كفر ارتفع التحريم الاول فلما وجب للقول الثاني
تحريما ثانيا لا يرتفع الا بالكفارة وكذلك ان تكرر الا مرارا انه اذا طلق ثم راجع ثم طلق لم يرتفع حكم
الطلاق الثاني الا برجعة ثانية وكذلك من باع شيئا ثم ملكه ثم باعه ثانيا احتاج الى ما يعيده في ملكه
ثانيا وعلى هذا سائر الاصول **مسألة** قال ولا بأس ان يعتق الرجل مدبره في كفارة الظهار
وهذا منصوص عليه في الاحكام **ووجهه** ان المدبر عبد رقه باق كما كان وان منعه على
بعض الوجوه الا ترى انا نجيز بيعه في الدين وبيعه ولغيره من الضرورات فاذا كان ذلك كذلك جاز عتقه
مجرى عتق سائر الارقاء وانه يجب ان يكون مجزيا في الكفارة **مسألة** قال ولو ان كافرا ظاهر
من امرأته لم يلزمه الكفارة مجزيا وهذا مما دل عليه كلامه في الاحكام وهكذا خرجه ابو العباس الحسني
رحمه الله تعالى في النصوص وبه قال **ابو حنيفة** قال الشافعي يصح ظهاره **ووجه**
ما ذهبنا اليه ان الكفارة لا تصح من المشرك لان من شرط ادائها الايمان واذا ثبت ذلك وجب ان يكون
قوله لزوجته انت علي كظهر امي لا يوجب تحريما لا ترفعه الكفارة فوجب ان لا يكون ذلك ظهارا لا يلزم
الكفارة دليله لو قال لاجنبية او لامته الا ترى انه لما لم يصح تأثير رفع الكفارة كان ظهارا على
ان الاصل الا ظهار وان الكفارة غير واجبة وان الوطء غير محرم وقد قال تعالى والذين يظاهرون منكم
من نسائهم فجعل الخطاب لنا دون المشركين على ان قوله بعد ذلك ما هن امهاتهم ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم
قد علمنا ان المشرك والمسلم فيه سواء لم يتوجه تخصيصها بقوله تعالى الذين يظاهرون منكم فاذا وجب الا
تخصيصا كله

باب القول في الايلاء اذا آلى الرجل من امرأته وهو ان يحلف

بالله لا يجامعها اربعة اشهر فما فوقها تركها اربعة اشهر ويبعثه الامام ويقال له فيء الى ودك ذكر منك
او طلقها وهذا منصوص عليه في الاحكام لا خلاف انه اذا حلف لا يجامعها اكثر من اربعة اشهر يكون موليا

وإذا حلف لا يجامع امرأته أقل من أربعة أشهر لا يكون موليا إلا ما حكي عن قوم من المتقدمين أنهم جعلوا الإيلاء
صحيحا وإن كان دون أربعة أشهر وأما الخلاف فلأن إذا حلف على أربعة أشهر فقط فإن أبا حنيفة جعله موليا
والشافعي يخالف فيه وكذلك مالك والذي يدل على أنه مول قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص
أربعة أشهر الآية فجعل سبحانه هذه الأحكام جارية على كل مول من امرأته من غير اشتراط المدة
فيجب أن يكون كل حالف داخلا فيه قلت مدة حلفه أو كثرت إلا ما منع الدليل لأن الإيلاء في اللغة هو الحلف بكل
شيء فلما ثبت أن من حلف أن لا يجامعها أقل من أربعة أشهر ليس بمول حكما خصصناه بالدلالة وبقي الباقي
على حكم العموم فإن قيل الإيلاء وإن كان في اللغة على ما ذكرتم فإن للشرع فيه اسما حكميا وصفة لم تكن
في اللغة فمن أين لكم أن الحالف على دون أربعة أشهر يكون موليا حتى يصح ما ادعيتم من تناول الظاهر له قيل له
الشرع وإن جعل له حكما زائدا فلم يمنع أن يكون اسما لكل حالف فالواجب على هذا أن يحمل ما يقتضيه الشرع
لم تقصره على مدة دون مدة وأما [illegible] للإجماع على أن أحكام الإيلاء لا تتوجه على من [illegible] دون الأربعة أشهر [illegible]
ويقول فيما زاد على ذلك بها اقتضاء العموم وليس لها [illegible] أن يقيس أربعة أشهر على ما دونها الأولى أن يقيسها
على ما فوقها أن يكون قياسا أولى الاستناد إلى الظاهر لأنه يفيد شرعا وسمعا فإن قيل فأنتم تقولون بالوقف
في الإيلاء ولا وقف إلا بعد مضي أربعة أشهر ولا وقف بعد انقضاء مدة اليمين قيل له لسنا نسلم أنه لا وقف إلا بعد
انقضاء مدة اليمين بل هو واجب متى دل الشرع عليه ألا ترى أنه قد يطالب بالفيء وإن لم يمض [illegible] فلذلك إذا
كان المولي ممنوعا من الوطء لمرض أو نحوه فإنه يفيء بلسانه ومع هذا لا يحصل حانثا فبان أن حكم الوقف لا يتعلق
باليمين وإذا جاز ذلك لم يمتنع أن يوقف بعد مدة اليمين حتى يفيء أو يطلق وإن كان فيه لا يسمى حنثا وهذا
الذي ذهبنا إليه هو قول علي عليه السلام رواه زيد بن علي عليهما السلام عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام قال الإيلاء
القسم وهو الحلف فإذا حلف الرجل أن لا يقرب امرأته أربعة أشهر أو أكثر من ذلك فهو مول وإذا كان دون أربعة
أشهر فليس بمول وروي نحوه عن ابن عباس مسألة والوقف ما ذهبنا إليه من أن الإمام يوقفه
بعد أربعة أشهر حتى يفيء أو يطلق وهو المحفوظ عن علماء أهل البيت عليهم السلام وبه قال مالك والشافعي
وهو قول أمير المؤمنين عليه السلام رواه زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام أنه قال يوقف
المولي بعد مضي أربعة أشهر فيقول إما أن تفيء وإما أن تطلق قال أبو حنيفة يقع الطلاق بمضي المدة وروي ذلك عن ابن
مسعود والذي يدل على صحة ما ذهبنا إليه قول الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية
ووجه الاستدلال منه هو أنه تعالى جعل لهم الفيء على الإطلاق ولم يشترط لذلك قبل المدة ولا بعدها فكان بعد
المدة مثاله كما أنه قبل المدة وقيل له بدلالة أنه يجوز أن يؤكد له ما قبل المدة كما يجوز أن يؤكد ما بعدها
ويجوز أن تستثني ما بعد المدة كما يجوز أن تستثني ما قبلها فلما ثبت بعد المدة مثل الذي كان قبل المدة
علم أن الجميع مثله وإذا ثبت ذلك ثبت أن الطلاق لا يقع بانقضاء المدة إذ وقوع الطلاق يمنع الفيء فثبت
بذلك ما ذهبنا إليه فإن قيل فلو صح الفيء بعد المدة كما صح قبلها لم يكن لضرب المدة معنى قيل له يكون له
معنى صحيحا وفائدة صحيحة وذلك أن الفيء قبل المدة جائز غير واجب على الزوج ولا يجوز أن يطالب
وبعد المدة يصير خارجا عن الجواز إلى الوجوب ويتوجه المطالبة على الزوج ثم وهذا مثل أن [illegible]

وجه

صح

موجلا

موجلا الى مضي الاشهر الا ترى ان توفيه التي في الشهر وبعد الشهر صحيحة الا انها قبل انقضاء الشهر يكون جائزة
تعجيلا وبعد انقضاء الشهر تكون خارجة من الجواز الى الوجوب وتصح المطالبة به فيكون ذلك فائدة ضرب
الاجل فكذلك القول في فائدة ضرب مدة الايلاء فان قيل فان الله تعالى جعل للمولي
تربص اربعة اشهر وانتم اذا جعلتم له الفيء بعد المدة فقد زدتم في المدة التي جوزها الله تعالى وحدها
قيل له لسنا نزيد في المدة لان المدة مضروبة لامتناع توجه المطالبة بالفيء عليه الا لو وقع الفيء
اذا قلنا ان المطالبة تصح بعد المدة لا يكون زيادة في المدة الا ترى ان من لزمه اداء المال بعد سنة
اذا قلنا ان التوفيه تكون بعد انقضاء الشهر لا يكون زيادة في مدة الاجل فكذلك لا يكون زيادة في مدة
الايلاء اذا جوزنا الفيئة بعد المدة على ان المخالف يقول ان اجل العنين حول وتخير المراة بعد الحول
وليس يقول ان ذلك زيادة في المدة فكذلك ما ذهبنا اليه فان قيل قوله تعالى فان فاءوا فان
الله غفور رحيم بعد قوله سبحانه للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر يدل على ان الفيء
يكون بعد الايلاء لان الفاء توجب التعقيب قيل له لا يصح ذلك ويبين من قال انه يجب ان يكون بعد
مضي مدة التربص لان الفاء توجب التعقيب للايلاء لانه قال تعالى فان فاءوا بعد قوله تربص اربعة اشهر
فان قيل قد ثبت ان الفيء مراد قبل مضي المدة قيل له وما في ذلك ما يمنع كونه مرادا بعدها
على ان قوله تعالى وان عزموا الطلاق يدل ظاهره على ان هناك مسموعا يتعلق به الحكم وهذا
يدل على انه لا بد من الطلاق وان لم يكن فيء فان قيل ان هذا لا يجب لان الله تعالى قال وقاتلوا
في سبيل الله واعلموا ان الله سميع عليم وليس هناك مسموع يتعلق به الحكم قيل له نحن وجدنا ان الظاهر
يقتضي ما قلناه ولم نقل ان خلافه يستحيل الا ترى انه لو كان من يقول ما علمت ان فلانا سميع يدل على
ان هناك مسموعا وقوله اما علمت ان فلانا يرى يدل على ان هناك مرئيا على ان الله تعالى قال ادعهم
فيه فاسمعوا وقال ايضا ولا ما زعموا انهم سلوا ويذهب من حكم نفذ صح ان عند الفيء مسموعا يتعلق به
الامر ومسموعا يتعلق به الذي يسقط ما سالوا عنه وهما يدل على ذلك ما اجمعنا عليه من ان من آلى من
امراته دون اربعة اشهر لا يقع عليها الطلاق بالايلاء وانقضاء المدة فكذلك من آلى اربعة الاشهر
والخلافه مولى وكل مولى لا يقع طلاقه بالايلاء وانقضاء المدة وليس لهم ان يشتغلوا من اسم المولى على
من آلى دون اربعة اشهر لانا اردنا المولي من طريق اللغة ولا اشكال ان الالية في اللغة اسم للحلف وان
كل حالف مولى في اللغة على انا لو عدلنا عن اسم المولي في اللغة لاتسع الكلام وزال الشغب وايضا فانه ثبت
ان الايلاء لا يقع به طلاق معجل لم يجز ان يقع به طلاق موجل قياسا على سائر الايمان وعلى
سائر ما ليس بصريح في الطلاق ولا كناية على ان الطلاق لو وقع لم يكن الموجب لايقاعه
الا اليمين نفسها وانقضاء المدة المحلوف عليها وانقضاء اربعة اشهر ولا يجوز ان يكون الموجب لايقاعه
هو اليمين لان اليمين لا مدخل لها في ايقاع الطلاق ولانها لو كانت توقع الطلاق لوجب ان تطلق المراة
في الحال اذا قال لها والله لا اجامعك من غير ذكر المدة ولا يجوز ان يكون لانقضاء المدة المحلوف عليها
لان ذلك لو وجب لوجب ان يقع الطلاق بانقضاء ثلاثة اشهر اذا حلف عليها وبانقضاء سنة اذا
حلف عليها ولان مرور الزمان لا يوقع الطلاق فكذلك لا يوجب ذلك انقضاء اربعة اشهر كما لا يوجبه

انقضاء ما زاد عليها وتنقص منها فاذا ثبت ذلك ثبت ان الطلاق لا يقع ما لم يوقعه المالك للبضع وان
قيل ان مرور الزمان قد يوقع التسوية بالاتفاق ان من طلق امرأته تطليقة واحدة رجعية بين
الزوجة منه بانقضاء زمان العدة فما انكرتم ان يكون ذلك سبيل زمان الايلاء قيل له عندنا
ان الموقع للتسوية هو الطلاق دون وقعت بشرط انقضاء العدة وقد بينا ان ذلك لا يصح ان يقال
في اليمين ولا يصح ان يقال ان مرور الزمان شرط فيه على ما كان اجماعا لاهل البيت عليهم السلام
او قولا لامير المؤمنين عليه السلام ولا يجوز عندنا خلافه على ان الاصل ان النكاح ثابت فلا يرتفع
الا بالدليل ووضح جميع ذلك ما ذهبنا اليه مسألة قال فان امتنع من الفيء حبسه الامام حبسه
حتى يفي او يطلق وهذا منصوص عليه في الاحكام وبه قال الشافعي في اخر قوليه وله قول اخر
وهو ان الامام يضيق عليه ان ابا ووجهه ما رواه زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم
السلام انه كان يوقف المولى بعد اربعة اشهر فيقول اما ان تفي واما ان تطلق وفي حديث بن
ضميرة عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام انه كان يقول اذا الى الرجل من امرأته لم يقع
عليها طلاق وان مضت اربعة اشهر حتى توقف فاما ان يطلق واما ان يفي وايضا لا خلاف
ان الامام لا يطلق على غير المولى والمعنى انه تفريق بطلاق وكل تفريق بطلاق لا يلزم احدا
كرها على انا وجدنا الاصول شاهدة لذلك وهو ان الحاكم قد يزوج الصغيرة ولا يطلق عليه
والسيد يزوج عبده عند كثير من العلماء ولا يطلق عليه على ان الله تعالى جعل الخيار للزوج
بقوله فان فاؤوا فان الله غفور رحيم فلو جعلنا للامام ان يطلق عليه كنا قد اوجبنا قطع
خياره وذلك خلاف الاية على انه لا خلاف انه ليس للامام ان يفي عنه فكذلك ليس له ان
يطلق عنه والعلة ان كل واحد منهما حق على الزوج اقتضاه الايلاء فلم يكن يتولاه الامام
بغير اذنه وليس لهم ان يقولوا ان الايلاء باتي منه ليس الفي بالقول باتي منه ولا خلاف ايضا
ان من ضار امرأته بترك الانفاق عليها ان الامام لا يطلق عليه فكذلك المولى والعلة ان له
العقد ولعن الطلاق الى غيره مسألة ولا يوقفه الامام قبل مضي اربعة اشهر وان مضت
اربعة اشهر ومضت بعدها زمان طويل لم يرفع الى الامام وقفه الامام متى رفع اليه وهذا
منصوص عليه في الاحكام ولا خلاف في ذلك بين الذين قالوا بالوقف والاصل فيما قلنا انه لا يوقف
قبل مضي اربعة اشهر قول الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فلو وقفناه
قبل مضي هذه المدة كنا قد حرمناه ما جعل الله له من تربص اربعة اشهر ووجه ما
ذكرناه من انه اذا لم يرفع الى الامام بعد مضي اربعة اشهر وقفه متى رفع اليه انه حق للمرأة
بعد انقضاء هذه المدة فلها المطالبة متى شاءت كسائر حقوقها وسبيل ما ذكرناه ان يكون
للرجل حق على اخر مؤجل الى شهر الا ترى انه لا خلاف ان ليس له المطالبة قبل مضي الشهر وله المطالبة

بعده

بعد مضي مدة الاجل اي وقت شاء وانه متى رفع الى الامام طالبه به وروى ابو العباس الحسي رحمه الله تعالى في النصوص باسناده عن علي عليه السلام انه وقف رجلا الى امراته بعد سنة

مسالة قال والفئ هو ان يجامع او يقول بلسانه قد فئت ورجعت عن يميني ان لم يستطع الجماع لمرض او سفر وهذا منصوص عليه في الاحكام وروي عن الحسن عليه السلام وبه قال ابو حنيفة والشافعي وذلك لقول الله تعالى فان فاءوا فان الله غفور رحيم والفئ هو الرجوع فاذا رجع عن يمينه بالقول دخل في العموم فان قيل فهلا اوجبتم الرجوع بالليسان بكم وان قدر على الجماع قيل له هذا هو حكم الظاهر لكن لما اجمعوا على ان الفئ باللسان مع القدرة على الجماع غير كاف قلنا به وايضا وجدنا المولى له الخيار بين الفئ والطلاق في اسقاط حكم الايلاء وكان يصح وقوع الطلاق من جهة القول وجب ان يصح وقوع الفئ من جهة القول والمعنى ان كل واحد منهما مما جعل للمولي اختياره وليس لاحد ان يقول ان حكم الطلاق انه من جهة القول لا معنى له لانه لا يقع الا من جهة القول وما كان كذلك لم يعترض بانه يصح بل يعتبر عنه بانه عبارة لازمة للطلاق ووقوعه بالكناية دون القول يصحح ما اطلقناه من العبارة على انه قد ثبت عندنا وعند ابي حنيفة انه يقع القول في الرجعة موقع الوطء فوجب ان يقع ذلك موقع الوطء في الايلاء والمعنى ان كل واحد منهما رجوع من الزوج في حكم ما الزم نفسه في النكاح وايضا لا خلاف ان الحاكم لا يطالبه بالوطء للمراة في مجلس الحكم ولا في الحبس الذي معه فيه خبرة وانه اذا قال قد فئت بوجل حتى ينصرف الى موضعه يقع القول ذلك موقع الوطء وكذلك اذا كان مريضا او مسافرا والعلة ان له عذرا في ترك الوطء وكل مول له عذر في ترك الوطء قام فيه القول مقام الوطء في اسقاط المطالبة عنه بالفئ

مسالة قال واذا آلى الرجل من امراته اربعة اشهر ثم اراد ان يفئ قبل مضي اربعة اشهر ولم يقدر على الجماع فاء بلسانه وان قدر على الجماع لم يجز ان يؤخره عنه وان كان المولى عاجزا لكبر او اراد ان يفئ اليها بعد مضي اربعة اشهر لم يضيق عليه تاخير الجماع بعد القدرة عليه وهذا منصوص عليه في الاحكام ونص عليه في المنتخب على انه ان كان آلى منها عشرة اشهر كان المولي بها وهذا الباب كالقول اذا آلى اربعة اشهر ووجه ما ذكرناه ان حكم الايلاء يقوى مع بقاء مدة اليمين فلهذا قال انه ان قدر على الجماع بعد الفئ باللسان في المدة لزمه الجماع ولم يجز تاخيره وانه بتاخيره يكون مبطلا للفئ الذي اتى به بلسانه الا ترى انه لو تمكن من الماء في وقت الصلاة لم يجز له تاخير الوضوء لتاكد حال وجوبها في الوقت وكذلك قال اصحابنا ان الخطا في القبلة وما جرى مجراها يوجب الاعادة متى علم به في الوقت ولا يوجب الاعادة متى لم يعلم به الا بعد تصرم الوقت لما كان تاكد وجوبها في الوقت اقوى فاما بعد انقضاء مدة اليمين فان يكون حكم الايلاء اخف فلذلك لم يجز تاخير الوطء ... اذا قدر عليه بعد الفئ بلسانه

اتهم ما الاختلاف فيه **فان قيل** فلم قلتم ان حكم الايلاء مع بقاء مدة اليمين اقوى **قيل له** لوجهين احدهما ان بقاء
حكم الايلاء مما اجمع عليه قبل مضي اربعة اشهر واجمع القايلون بالوقف عليه بعد انقضاء اربعة اشهر فصار
اقوى والثاني ان الايلاء في الاصل يتعلق حكمه بالحنث ووجوب الكفارة وانما جعل له وقد يحصل حكمه
مع ارتفاع حكم الحنث ووجوب الكفارة الا انه فرع على ذلك الاصل فالاصل اذا يجب ان يكون اقوى

مسألة ولو ان رجلا الى من امراته ثم طلقها ثم راجعها قبل انقضاء مدة الايلاء وجب ان يوقف
~~ولو ان رجلا الى من امراته ثم طلقها ثم راجعها قبل انقضاء مدة الايلاء وجب ان يوقف بعد انقضاء~~
~~اربعة اشهر [illegible] ثانيا وجب ان يوقف بعد [illegible]~~
فاما ان يفي واما ان يطلق ثانيا وهذا منصوص عليه في الاحكام ونص في المنتخب على نحوه و
انه اذا راجعها او تزوجها ثانيا مع بقاء مدة الايلاء رجع عليه حكم الايلاء هو حصول النكاح
لكمال له في مدة الايلاء الا ترى انه وجب ان يوقف قبل الطلاق لحصوله موليا مع بقاء كمال النكاح
يدل انه لو الى منها ثم طلقها لم يوقف فاذا ثبت ذلك بان ان وجوب الوقوف كما ذكرناه فلا
فصل اذا بين اسنا الحالين في ذلك ويدل لعود الايلاء ونص ايضا في المنتخب على انه لو طلقها ثانيا
بعد المراجعة الاولى ثم راجعها ثانيا في مدة الايلاء وجب ان يوقف وظاهر كلامه في المنتخب
يدل على انه لو طلقها ثلاثا ثم نكحت زوجا غيره ثم طلقها ثم تزوج بها الاول مع بقاء مدة الايلاء
رجع عليه حكم الايلاء وبه قال زفر حكاه عنه ابو الحسن الكرخي في المختصر قال ابو حنيفة لا يرجع
عليه حكم الايلاء بعد الطلاق الثلاث ووجهه ما بيناه من تعلق ذلك بحصول النكاح ومدة
الايلاء

مسألة قال ومتى قال لزوجته قبل انقضاء العدة والمدة التي حلف عليها
لزمه تكفير يمينه وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب وهو مما لا اختلاف فيه بين عامة
العلماء وحكي عن الحسن انه لا كفارة عليه بقوله تعالى فان فاءوا فان الله غفور رحيم **والاصل**
فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه واله وسلم انه قال من حلف على شيء فرأى غيره خيرا منه فليات
الذي هو خير وليكفر عن يمينه فقد قال الله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم

مسألة
قال ولو حلف بطلاق امراته الا يجامع زوجته لم يكن ذلك ايلاء ولا يكون الايلاء الا اذا حلف بالله وهذا
منصوص عليه في المنتخب ودل عليه كلامه في الاحكام وبه قال الشافعي في القديم ومالك في الجديد
[يكون] موليا بالطلاق والعتاق والنذر وبه قال ابو حنيفة الا في الصلوة بانه لو قال علي لله ان اصلي
ان جامعتك لم يكن عنده ايلاء وذكر ابو بكر الجصاص ان العاشر يقتضي انه لا يكون موليا الا اذا حلف
بالله **والاصل** في ذلك قول الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر والايلاء
هو اليمين في اللغة وقد قال الله تعالى بعد ذكر الكفارة ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم واليمين
التي تكون ذلك كفارة لها هي اليمين بالله ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه واله وسلم من حلف
على امر فرأى غيره خيرا منه فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه فدل ذلك على ان اليمين التي يتعلق بها
الكفارة لاضافته صلى الله عليه واله وسلم الكفارة على كل حالف ما حلف عليه وليس ذلك

على اليمين بالله فكل ذلك يدل على أن اليمين في الشرع الحلف بالله دون ما عداه ويبين ذلك أيضاً أن
المفهوم من قوله صلى الله عليه وآله وسلم البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه هو اليمين بالله
على عرف الشرع وإذا ثبت ذلك وجب أن يحمل قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر
على الحلف بالله تعالى دون ما عداه فإن قيل فقد يقال إن فلاناً حلف بالطلاق والعتاق
وبصدقة ما يملك ونحوه ويجري عليه اسم الحالف وقد ذكر ذلك أصحابكم في كتبهم وذكروه قيل
هل يمنع أن يجري ما ذكرتم من اسم الحالف واليمين وذلك على ضرب من التجوز لأن جميع ذلك ليس بيمين
في الحقيقة وإنما هو طلاق مشروط أو عتق مشروط أو صدقة مشروطة وإطلاقها [illegible]
والفقهاء وغيرهم قد استعملوا ذلك وأطلقوه في الكتب فهو صحيح إلا أنه لا يمتنع أن يحصل
للفقهاء عرف في بعض الألفاظ يسوغ استعماله فيهم كما يعود ذلك باصطلاح المتكلمين والنحاة وغيرهم
ولا يجوز أن يحمل على شيء من ذلك خطاب الله سبحانه ولا خطاب رسوله وإنما يجب حملهما على عرف اللغة
أو عرفهما أو عرف الشرع وقد ثبت أن الشرع قد اقتضى أن يكون اسم اليمين على الإطلاق يتناول
اليمين بالله فوجب أن يحمل عليه خطاب الله دون ما سواه ومما يدل على ذلك أنه لا خلاف في أن من
حلف بالكعبة أو بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم لا يكون مولياً فكذلك من حلف بالطلاق والعتاق
والحج وغير ذلك والعلة أنه حلف بغير الله وجب أن لا يكون مولياً على أن أبا حنيفة لا يخالف في أن الرجل
إن قال إن جامعتك فعلي كذا ركعة أنه لا يكون مولياً فكذلك سائر ما ذكرناه بالمعنى الذي ذكرناه
ويحكى عن مالك أنه قال إذا حلف لا جامعها عن غير إضرار لمضارتها كأن يكون بها علة يقصده
عن الجماع أو نحوه فإنه لا يكون مولياً فيمكن أن يقال له إنه إذا حلف بالطلاق على هذا الوجه أنه لا يكون
مولياً فكذلك إذا حلف به على غير ذلك الوجه والعلة ما ذكرناه والأصول تشهد لنا لأنا وجدنا
كل يمين يحصل بها حكم منفصل عنها كإسقاط حق المدعي وإثبات حق المدعى عليه أو لزوم
الكفارة إنما هو اليمين بالله دون ما عداه لأن الحلف بالطلاق نفسه حصول الشرط الذي علق به
وكذلك العتاق والنذر فلما ثبت ذلك وجدنا الإيلاء يحصل حكماً منفصلاً عنه كما لو تعلق الطلاق
وقوعه أو لزومه على حسب الخلاف فيه وكذلك الكفارة وجب أن يكون ذلك يميناً بالله تعالى دون ما سواه

مسألة قال وإذا حلف الرجل أنه لا جامع امرأته ولم يذكر المدة كان ذلك إيلاء وهذا مما رواه
يحيى عليه السلام في الأحكام عن القاسم عليه السلام ودل عليه بقوله فيه الإيلاء أن يحلف على أربعة
أشهر فما فوقها مع تنصيصه على أن إطلاق اليمين يقتضي التأبيد فالمطلق ليمين الإيلاء حكمه حكم المؤبد
فهو مولٍ لأكثر من أربعة أشهر وقال في المنتخب إن أطلق اليمين لم يكن مولياً وكان أبو العباس الحسني
رضي الله عنه يصحح رواية المنتخب ويحمل عليه ما في الأحكام والصحيح عندي ما ذكرته أولاً وهو المحفوظ
عن الفقهاء لأن الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فوجب أن يكون
ذلك حكم كل مولٍ إلا ما منع منه الدليل فلما ثبت بالإجماع بأن المولي على أقل من أربعة أشهر
لا يكون مولياً خصصناه وبقينا ما عداه على حكم الظاهر والمخالف في هذا لا أعرف [illegible]

بلغ

ما لبث فيها وهو ان يقول تقديرها للذين يولون من نسائهم اربعة اشهر تربص اربعة اشهر ه
وهذا خلاف الظاهر على ان من خالف وهذا لا ينكر ان يكون موليا اذا حلف على اربعة اشهر فما فوقها
فكذلك من اطلق الايلاء والعلة ان يمينه تناولت اربعة اشهر فما فوقها **و وجه رواية المنع**
ان الايلاء معتبر فيه اللفظ ومن المطلق للايلاء وان تناولت اربعة اشهر فما فوقها او معنى
التابيد فانه غير ملفوظ به فوجب الا يقع الايلاء ويمكن ان تفسر ذلك على ما دون اربعة
اشهر تجعله انه لم يكن في الايلاء اربعة اشهر فما فوقها فان حلف على ما دون ذلك لم يكن
موليا **مسألة** قال ولا ايلاء الا ان يحلف على اربعة اشهر فما فوقها فان حلف على ما دون
ذلك لم يكن موليا وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب وقد بينا فيما مضى ان الرجل اذا حلف
على اربعة اشهر فما فوقها يكون موليا والمحفوظ عن العلماء اجمع انه لا ايلاء اقل من اربعة اشهر
ويحكى عن قوم من المتفقهين انهم يجعلونه ايلاء والاجماع الحاصل بعدهم يسقط ذلك القول به
على انه قد روى زيد بن علي عليه السلام الحديث الذي بيناه انه قال اذا كان دون اربعة اشهر
فليس بمول ه وروي عن ابن عباس انه قال كان ايلاء الجاهلية السنة والسنتين فوقت الله
تبارك وتعالى اربعة اشهر فمن كان ايلاؤه دون ذلك فليس بايلاء واذا ثبت ذلك عن امير المؤمنين
عليه السلام وابن عباس ولم يرو خلافه عن غيرهما من الصحابة جرى مجرى الاجماع منهم على ان
ما ثبت عن علي عليه السلام من اصلنا انه لا يخالف فيه على انه قد ثبت انه لا يلزمه حكم الايلاء من
الوقوف او الطلاق في مسألة الخلاف فيه اذا حلف على اقل من اربعة اشهر عند انقضاء ه
اليمين ولا قبلها فوجب الا يلزمه بعدها دليله لو حلف ان يضاجرها او سنين عشر ثم انقضت مدة من
الزمان الا ترى انه لما لم يلزمه حكم الايلاء عند انقضاء مدة يمينه هذه ولا قبلها لم يلزمه بعدها

باب القول في اللعان اللعان يقع

بين الرجل وزوجته اذا كانا مكلفين بالغين عاقلين مسلمين او كانت المرأة حرة
فان كانا كافرين او مملوكين او كانت المرأة مملوكة او كان احدهما صغيرا او مجنونا
فلا لعان بينهما نص في الاحكام والمنتخب في كتاب الحدود على انه لا حد على من قذف كافرا
ونص في كتاب الحدود من الاحكام على ان الصغيرة اذا قذفها زوجها فلا حد عليه لانها
ممن لا يحد فقلنا انهما اذا كانا صغيرين او كان احدهما مجنونا فلا حد بينهما ونص في الاحكام
والمنتخب ان الزوج اذا كان حرا وزوجته امة فقذفها فلا لعان بينهما ونص فيهما جميعا
على ان الزوج اذا كان عبدا وكانت الزوجة حرة فقذفها كان بينهما اللعان اعتبارا بان
يكون الزوج ممن يحد لها اذا قذفها **والاصل فيه** قول الله تعالى والذين يرمون ازواجهم
ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم بعد قوله والذين يرمون المحصنات وورد في ذلك ما
اخبرنا به ابو الحسين بن اسمعيل حدثنا الناصر للحق عليه السلام حدثنا الحسين بن يحيى حدثنا

فلا لعان

ابرهيم بن محمد بن ميمون عن ابي مالك الجنبي عن جويبر عن الضحاك عن ابن عباس قال لما نزلت
هذه الاية والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء قال عاصم بن عدي
يا رسول الله لو وجدت رجلا على بطن امراتي فقلت لها يا زانية لجلدتني ثمانين جلدة
قال كذلك يا عاصم نزلت الاية فخرج سامعا مطيعا فلم يصل الى منزله حتى استقبله
هلال بن امية وكان زوج ابنته خولة بنت عاصم فقال له الشر قال وما ذاك قال رايت
شريك بن سحما على بطن امراتي خولة يزني بها فرجعا الى النبي صلى الله عليه واله وسلم
فاخبره هلال بالذي كان فبعث اليها فقال لها ما يقول زوجك فانكرت ذلك فانزل
الله تعالى اية اللعان والذين يرمون ازواجهم الاية فاقامهما النبي صلى الله عليه واله
وسلم بعد العصر عند المنبر فقال يا هلال اشهد بالشهادة فجعل حتى قال ان لعنة الله
عليه ان كان من الكاذبين فقالت يا رسول الله كذب فاقامها مقامه فقال اشهدي بالله
ما انا بزانية وانه لمن الكاذبين حتى قالت ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين
ففرق بينهما النبي صلى الله عليه واله وسلم وقال لا يجتمعان الى يوم القيمة وقال
صلى الله عليه واله وسلم ان وضعت ما في بطنها على صفة كذا وكذا فالولد لزوجها
وان وضعته على صفة كذا فهو لشريك بن سحما وقد صدق زوجها فلما وضعت قال رسول الله
صلى الله عليه واله وسلم لولا كتاب من الله سبق لكان لي فيها راي قالوا يا رسول الله
وما الراي قال الرجم بالحجارة فدل الخبر على ان اللعان نزل لرفع الحد عن الازواج اذا
رموا ازواجهم وجب ان لا يكون من لا يحد عليه اذا رمى زوجته لم يكن بينهما لعان ويدل على
ذلك ما روي عن علقمة عن عبد الله ان رجلا من الانصار اتى رسول الله صلى الله عليه
واله وسلم قال لو ان رجلا وجد مع امراته رجلا فتكلم به جلدتموه او قتل قتلتموه
او سكت سكت على غيظ فقال اللهم افتح فجعل يدعو فنزلت اية اللعان وروي عن عكرمة
عن ابن عباس ان هلال بن امية لما قذف زوجته عند النبي صلى الله عليه واله وسلم قال له
النبي صلى الله عليه واله وسلم البينة او حد في ظهرك فدل ذلك على ان حد الزوج اذا قذف
زوجته كان كحده اذا قذف الاجنبية حتى نزلت اية اللعان فبان ان اللعان هو بدل الحد
وروي عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال لما لاعن النبي صلى الله عليه واله وسلم بين امراة
وزوجها فرق بينهما فلما وضعت الولد به شبه ممن قذفت به قال صلى الله عليه واله وسلم
لولا ما مضى من الحد لرجمتها فسمى اللعان حدا وجب ان لا يلزم من لا يلزمه الحد وروي
لولا كتاب من الله سبق وروي لولا الايمان ويجوز ان يكون قال ذلك وايضا روي عن النبي
صلى الله عليه واله وسلم انه قال لا لعان بين اهل الكفر واهل الاسلام ولا بين العبد وامراته
فان قيل فانتم توجبون اللعان بين العبد وزوجته الحرة **قيل له** نخص ذلك من الخبر
بالدلالة فان قيل قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم عام في الجميع قيل له لا سكوا

يكون ظاهر الآية مقتضياً للعموم لكن خصصناها بما بيناه ويدل على ذلك ما اجمعوا عليه من ان الصبي اذا
قذف زوجته قبل ان يبلغ فلا لعان عليه وليس لهما ان يلتعنا لو ان فعاله لا حكم لها اذ الحكم
يتعلق بها فدل على انه ان كان لا يمتنع ان يطالب باللعان اذا بلغ فان سقوط اللعان
كان لما ذكرناه ومن ذلك انه لا خلاف بيننا وبين الشافعي ان الزوج اذا امتنع من اللعان
بعد القذف لزمه الحد ويقول له اذا اكذب نفسه فكذلك ان اللعان بدل من الحد
فاذا ثبت ذلك وثبت ان لا حد على من ذكرنا هم بما نبينه في كتاب الحدود ثبت ان لا لعان عليهم واما
العبد اذا كانت تحته حرة والمحدود في القذف فان ابا حنيفة يذهب الى ان لا لعان عليهما لانهما
محدودان وعلة ذلك انهما ليسا من اهل الشهادة فان اللعان شهادة وهو عندنا فاسد
من وجهين احدهما ان اللعان ليس شهادة وانما هو جار مجرى الايمان بدلالة انه لو كان
شهادة لكانت شهادة المرأة على النصف من شهادة الرجل ولا يعتبر فيه العدالة على انه
يكون لجاز الا عمى والفاسق وان كانت شهادتهما غير جائزة على ان العبد عندنا والمحدود
في القذف من اهل الشهادة وانما يمنع من شهادة القاذف لفسقه كما يمنع شهادة سائر الفساق
فاذا اكذب نفسه وتاب جازت شهادته وصح سقوط ما عنده في ذلك على اصولنا مسألة
قلت ويقع اللعان بين الرجل وزوجته اذا نفى بالزنا ولدها او بالزنا قذفها ولم يأت عليها
بأربعة شهداء على النظم وهذا منصوص عليه في الاحكام **وهذه الجملة**
مما لا خلاف فيما بين العلماء وهذه دالة على ان من نفى حمل امرأته لم يلاعنها
الا بان يضع دون ستة اشهر ليحصل اليقين بان الولد على الحقيقة وهكذا اخرجه ابو العباس
الحسني رحمه الله تعالى في المنصوص وهو قول ابي يوسف ومحمد وهو قول ابي حنيفة لا يلاعن
وان ولدت بعده بيوم او اكثر او اقل وقال الشافعي يلاعن على الاحوال كلها وحكي نحوه عن
مالك **فاما الوجه فيما ذهبنا اليه** من انه لا لعان ان جاءت بولد بعد ستة اشهر فلأ
للشافعي انه لا يعلم بان هناك ولداً منفياً يوجب ان يسقط اللعان لان اللعان يجب للقذف
او لكونه الولد لما يتضمن من معنى القذف وهاهنا لم يحصل واحد منهما على الحقيقة وكما لم نعلم
انه ناف للولد لم يلزمه اللعان دليله نفي الولد ولا حمل اصلاً بان يكون المرأة صغيرة او
آيسة فان قيل فقد روي ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لاعن بنفي الولد وهي حامل
قيل له في الخبر ما يدل على انه كان قذفها بالزنا صريحاً ومن فعل ذلك لزمه اللعان كانت امرأته حاملا
او حائلا لان اللعان يكون اذاً ذاك للقذف بالزنا لا لنفي الحمل فان قيل فالحمل محكوم به قبل
الولادة بدلالة قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقوله وان كن اولات حمل
فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن واجمع الفقهاء على ذلك واجمعوا ايضاً على ان من اشترى جارية
فشهد الشهود انها حامل للمشتري ردها بالعيب واذا ثبت بما بيناه ان الحمل محكوم به قبل الولادة

لم يمتنع ان يكون لنفيه قبل الولادة حكم قيل له لسنا نمتنع مما ذكرتم من ان الحمل حكم فيه ويتعلق
الاحكام عليه قبل الولادة الا ان نفيه من الاحكام التي لا تسقط بالشبهة ومن حكم اللعان
ان يسقط بالشبهة واذا سقط لم يكن كالحد لانه قائم مقام البينة في درء الحد والحد يسقط بالشبهة
واذا سقط لم يكن للعان معنى اذ قد ثبت انه لو درئ الحد لوجب ان ينفصل منه ومن سائر الاحكام
المتعلقة بالحمل فان قيل لان الحمل قد يتحقق ويتيقن فلا معنى لقولكم ان فيه شبهة قيل له
لا احتمال الا ويجوز قبل الولادة ان لا يكون حملا وان يكون ريحا او داء او غيره سيما في الوقت الذي
يحصل الولادة بعده لستة اشهر واذا كان هذا التجويز قائما صح ما بنينا الكلام عليه من انه
لا يخلو من الشبهة ووجه ما ذهبنا اليه من انها ان ولدت لاقل من ستة اشهر
من يوم الذي حصل القذف بان الذي صادف الولد لان اقل الحمل ستة اشهر يجري مجرى انه نفى الولد
وانه يجب اللعان له فان قيل بان الذي اذا لم يكن قذفا يوم وقوعه لم يجز ان يصير قذفا
بعده قيل له لسنا نقول انه لا يكون قذفا حين وقع وان كنا لم نعلم ذلك الا بحصول الولادة
لاقل من ستة اشهر من يوم النفي واذا كان ذلك كذلك سقط هذا السؤال فان قيل
هو قذف معلق بشرط فلا يجب ان يتعلق به حكم قيل له ليس الامر فيه كذلك لانه نفى الولد نفيا
مطلقا متى كان هناك ولد منفي على التحقيق وقلنا ان ذلك يلزم اذا لم يكن اربعة شهود وعلى
لفظه لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية فاوجب الحد بشرط الا يكون له اربعة
يشهدون واللعان على ما بيناه قائم مقام البينة ووجب لاجله اذا لم يكن منه هو بمنزلة عدم
شهادة اربعة لما روي ان هلال ابن امية لما قذف زوجته قال له النبي صلى الله عليه واله وسلم
بينتك او جلد في ظهرك وبينة الزنا اذا اطلقت عقل منها اربعة بعرف الشرع كانه قال اربعة
يشهدون او جلد في ظهرك **مسألة** قال يحيى يحضرهما الحاكم ثم يعظهما فان نكلا او
تقدما على اللعان فان نكل الزوج ضرب حد القاذف ثمانين جلدة والحق الولد به وان مضى
الرجل على اللعان ونكلت المراة رجمت وجميع ذلك منصوص عليه في الاحكام والمنتخب الا الحاق الولد
فانه منصوص عليه في المنتخب قلنا ان الامام يعظهما لما روي ان النبي صلى الله عليه واله وسلم قال
لهما ان الله يعلم ان احدكما كاذب فهل منكما تائب وقال للزوج اتق الله وكذلك قال للمراة حتى
قال لها ان كنت اذنبت ذنبا في الدنيا فان رجمك بالحجارة اهون عليك من غضب الله في الاخرة
ولان ذلك من جملة النهي عن المنكر ومن جملة النصح وما قلناه من الحاق الولد ان نكل الزوج عن اللعان
فمما لا خلاف فيه ولان الولد ينفى باللعان فاذا لم يقع اللعان بقي على حكم الفراش وما ذهبنا اليه
من ان من نكل منهما عن اللعان اقيم عليه الحد به قال الشافعي وقال ابو حنيفة يحبس ابدا كل حتى يقر بما
عليه الحد او يلاعن والدليل على صحة ما ذهبنا اليه قول الله تعالى والذين يرمون المحصنات
الاية فكان ذلك عاما في الازواج وغيرهم فان قيل فقد قال الله تعالى والذين يرمون ازواجهم

الآية فاستأنف بحكم الأزواج فلم يجب أن تكون الآية متناولة للأزواج قبل الآية
الثانية فجعلت للأزواج بحكم خصهم بها ولم يمتنع أن تكون الآية الأولى متناولة لهم فإذا
قذف الرجل زوجته ولم يأت بأربعة من الشهداء لحقه البينة التي دلت عليه الآية الأولى أو اللعان
الذي دلت عليه الآية الثانية لزمه الحد بقضية الآية فإن قال قائل إذا قذف الرجل زوجته
أوجب لها عليه حق اللعان كما أوجب الحد في الأجنبية وإذا لم
يأت به أجبر عليه كسائر الحقوق لها قيل له هذا غلط وذلك أن قذف الزوج عندنا أوجب
الحد كما أوجبه قذف الأجنبي وإنما سمح لحال الزوج على الأجنبي فيما يدرأ به من الحد
فجعل للأجنبي إذا قذف أجنبية وأنكرت المقذوفة حجة واحدة وهي أربعة شهود وجعل
للزوج إذا قذف زوجته حجتان شهادة أربعة ولعان يأتي به فأما موجب القذف فلا
فصل فيه بينهما ويدل على ذلك حديث ابن عباس الذي ذكرناه بإسناده قال لما نزلت هذه
الآية والذين يرمون أزواجهم المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء قال عاصم بن عدي أرأيت
يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لو وجدت رجلاً على بطن امرأتي فقلت لها يا زانية
أتجلدني ثمانين جلدة قال كذلك يا عاصم نزلت فدل ذلك على أن قذف الزوجة كقذف
الأجنبية في إيجاب الحد ويدل على ذلك ما روي أن رجلاً من الأنصار أتى النبي صلى الله عليه
وآله وسلم فقال لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم به جلدتموه
أو قتل قتلتموه أو سكت سكت على غيظ فقال صلى الله عليه وآله وسلم اللهم افتح فجعل
يدعو فنزلت آية اللعان فإخبار النبي صلى الله عليه وآله وسلم على قوله فتكلم جلدتموه
دليل على صحة ما قلناه وكذلك ما روي عن عكرمة عن ابن عباس أن هلال بن أمية
لما قذف زوجته عند النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال البينة أو حد في ظهرك فلان قيل
فكل ذلك قد ورد الأثر بأنه قد بعث بحكمه قبل أن يتغير موجب القذف وإنما تغير حكم
البينة فإنه جعل للزوج اللعان بدلاً من إقامة الشهادة على ما تعلق القول فيه ويدل على ذلك
أيضاً أنه لا خلاف في الأجنبي إذا قذف أجنبية والعلة أنه قاذف لم يأت بحجة وجب أن يكون
بحكمه كحكم الأجنبي والأصول تشهد بصحة قولنا وذلك أنه لا وجه لأن يكون للإنسان حق المطالبة
بما يدخل الضرر على نفسه ألا ترى أنه إذا لاعنها نفى عنها الزنا وأما ما يدل على أن المرأة
إذا نكلت عن اللعان بعد لعان الزوج يلزمها الحد قول الله تعالى ويدرأ عنها العذاب
أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين الآية فدل ذلك على أنها تدرأ عنها العذاب
لما تأتي به من اللعان فثبت بذلك أن العذاب لازم لها متى لم تلاعن وهو الحد إلا أن قوله
صلى الله عليه وآله وسلم ادرؤوا الحدود بالشبهات دال على أن الحد يجب متى لم يكن شبهة وجب أن

بدر

يدرأ بحيث يكون للشبهة مساغ للدرء فإذا ثبت أن اللعان يوجب درء العذاب عنها لزمها
العذاب متى لم تلاعن فإن قيل ومن أين لكم أن المراد بالعذاب هاهنا هو الحد وما ننكر
على من قال يكون المراد به هو الحبس قيل له قلنا ذلك لأن المعهود أولى أن يحمل عليه الخطاب
مما لم يكن له عهد ولم نعهد في شيء من هذه الآيات إطلاق لفظ العذاب والمراد به الحبس وقد
تقدم إطلاق لفظ العذاب والمراد به الحد وهو قوله الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد
منهما مائة جلدة إلى قوله وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين فكان حمل قوله تعالى ويدرؤا
عنها العذاب على ما تقدم ذكره أولى من حمله على ما لم يتقدم له ذكر وقد قال الله تعالى في موضع
آخر فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فسمى
الحد عذابا فأكد ذلك ما ذهبنا إليه ويدل على ذلك ما روي أن النبي صلى الله عليه
وآله وسلم لما لاعن بين هلال بن أمية وزوجته خولة بنت عاصم بن عدي ووضعت على الصفة
المنكرة فقال صلى الله عليه وآله وسلم لولا كتاب من الله سبق لكان لي فيها رأي فلو ما
الرأي قال الرجم بالحجارة وفي بعض الأخبار لولا الأيمان وفي بعضها لولا ما مضى من اللعان
فدل ذلك على أنها كانت يلزمها الرجم لولا ما تلاعنا فإذا لم تلاعن وجب أن ترجم
ولا خلاف أنه لو قذفها وأقام عليها البينة ولم يلاعن في نحو أنه يلزمها الحد فكذلك إذا قذفها
ولاعنها وامتنعت هي من اللعان بخلاف الزوج لقيام ما جعل حجة له على أن ما ذهبوا إليه
من حبسها ليقر بما يوجب الحد أو تأتي بما يدرؤه لم نجده في شيء من الأصول بل الأصول شاهدة لنا
لأن الواجب في الحدود أن تقام إن وجبت أو تترك إن لم تجب فلا يخلو لعان الزوج من أن يكون
أوجب عليها الحد أو لا يكون قد أوجب فإن كان قد أوجب فيجب أن تقام متى لم تعرض ما يوجب درأه وإن لم يكن قد أوجب
فلا معنى لحبسها مسألة قال وإن مضيا على اللعان فرق الحاكم بينهما وألحق الولد بأمه
ما ذكرناه من تفريق الحاكم بينهما منصوص عليه في الأحكام والمعنى كلامه يقتضي ما ذكرناه
من نفي الولد وهو منصوص عليه في المنتخب ما ذهبنا إليه من أن الفرقة بينهما تقع بتفريق الحاكم
به قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد قال الشافعي تقع بنفس اللعان وهو قول [illegible] حكاه
أبو الحسن الكرخي في المختصر والدليل على صحة ما ذهبنا إليه أن الأخبار الواردة في هذا الباب
ناطقة بأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم فرق بين المتلاعنين فمنها ما مضى ومنها ما أخبرنا
به أبو الحسين بن إسماعيل حدثنا الناصر حدثنا الحسن بن يحيى الحسني حدثنا إبراهيم بن محمد بن [illegible] عن
داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير قال قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في العجلاني
إذ لاعن زوجها أن فرق بينهما وجعل لها المهر ولفظ التفريق إذا استعمل في الشرع على هذا
الحد أفاد قطع أحكام النكاح فوجب أن يكون ذلك دالا على أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم هو الذي
قطع أحكام النكاح وفي ذلك دليل على أنها كانت ثابتة حتى قطعها صلى الله عليه وآله وسلم فإن قيل
فقد يقال إن الحاكم فرق بين فلان وزوجته وإن لم يكن قطع ما بينهما من النكاح إذا استقر

منه فانكر ان يكون ما روى من قوله صلى الله عليه واله وسلم محمولا على ذلك قيل له اذا كان
استعمال التفريق في عرف الشرع بمعنى ما ذكرناه فلا يجوز الانصراف عنه الا بدلالة ولا دليل
والدليل على ذلك ما رواه ابو داود في السنن باسناده عن ابن شهاب ان سهل بن سعد
الساعدي اخبره ان عويمر العجلاني لما فرغ من لعان امرأته قال كذبت عليها يا رسول الله
ان امسكتها فطلقها عويمر ثلاثا ففي هذا بيان ان الفرقة لم تكن وقعت بنفس اللعان لانها
لو كانت وقعت بنفس اللعان لم ينكره النبي صلى الله عليه واله وسلم على قوله كذبت عليها
ان امسكتها ولا على طلاقه لها بعد ذلك لا يصح ان يقال الا فيمن يكون له بعد رجعة
واذا ثبت ان الزوجية لم تكن انقطعت بعد نفس اللعان ثبت انها تنقطع بتفريق الحاكم
على ما ذهبنا اليه فان قيل ولم اذ عم ان الفرقة لو كانت وقعت بنفس اللعان كان النبي صلى الله عليه
واله وسلم لا ينكره عليه قيل له لان وقوع الفرقة بمعنى تحريم البضع وقوله هذا بمعنى اباحة
البضع ولا يجوز ان يبيح النبي صلى الله عليه واله وسلم من يستبيح فرجا محرما فلا ينكر ومما يدل
على ذلك انه لا خلاف بيننا وبين الشافعي ان الايلاء لا يوجب وقوع الفرقة فكذلك اللعان
والعلة ان كل واحد منهما يمين وايضا وجدنا اللعان تحالف من المتلاعنين فوجب ان لا يقع الفسخ
بنفسه دليله تحالف المتبايعين والاصول تشهد لنا لان اللعان اما ان يكون يمينا او يكون شهادة
وقد علمنا ان الاحكام المتعلقة بالايمان والشهادات من فسخ او ابطال وغيرهما لا تحصل
بنفس اليمين ولا بنفس الشهادة وانما تحصل بالحكم عند اليمين والشهادة فوجب ان يكون حكم
التفريق الذي يتعلق باللعان على ان الفرقة تقع عند الشافعي بلعان الزوج قبل لعان
المرأة ولعانه انما هو تحقيق ما رماها به وقد علمنا انه لو حقق ذلك بالشهادة لم تقع الفرقة فكذلك
اذا حققه بالايمان على ان الفرقة لو وقعت بلعان الرجل لم يكن للعان المرأة معنى لانها تكون قد
صارت اجنبية واما زفر فانه يذهب الى ان الفرقة تقع بفراغ المرأة من اللعان بعد لعان
الزوج فيقال له اذا لم تقع الفرقة بلعان الزوج لم يجب ان تقع بلعان المرأة لان كل واحد
منهما لعان وليس كل واحد منهما حقق ما ادعاه واكذب صاحبه فلم يجب ان تقع الفرقة
لو كذلك تشابه الاصول التي ذكرناها واما انتفاء الولد فالاصل فيه ما رواه ابو داود
في السنن باسناده عن عكرمة عن ابن عباس رض في لعان هلال بن امية وامرأته ان رسول الله
صلى الله عليه واله وسلم فرق بينهما وقضى ان لا يدعى ولدها لاب وفيه حديث ابن عمر ان رجلا
لاعن امرأته في زمن النبي صلى الله عليه واله وسلم ففرق بينهما والحق الولد بامه وفي حديث
سهل بن سعد وكان يدعى الولد لامه وهذا مما لا خلاف فيه وانما الخلاف في انه ينتفي باللعان
او بنفي الحاكم وذكر ابو العباس الحسني رحمه الله ان انتفاء الولد يجب عندي ان يتعلق بحكم الحاكم
واصله ما بيناه من ان التفريق يقع بحكم الحاكم دون اللعان واذا ثبت ذلك في اللعان ثبت
مثله في نفي الولد اذ لم يفرق احد بينهما ويدل على ذلك قول ابن عباس ففرق رسول الله صلعم

١٩٤.

سهاد فصار الابن غير الولد لأب لحال قطع النسب قضاءً فثبت أنه يجب بالحاكم على أنه فأما من الفرق
يجعله أنه أحد الحكمين المتعلقين باللعان **فصل** خرّج أبو العباس الحسني رحمه الله تعالى
أن الفرقة الواقعة باللعان فسخ وليس بطلاق **في الأصل** فيه حديث عكرمة عن ابن
عباس أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم فرق بين هلال بن أمية وزوجته وقضى أن لا يدعى
ولدها لأب ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وقضى أن لا بيت لها ولا قوت
من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها زوجها فقد صرح بأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم
قضى أن تفريقهما من غير طلاق فيجب أن يكون فسخاً فإن قيل ذلك قول ابن عباس ولم يضفه
إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم وإنما أضاف إليه أنه قضى أن لا بيت لها ولا قوت وبعد ذلك أدرج
ابن عباس في الحديث تفسيراً لما بيّن على ما قدرت لأنه أخبر أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم
قضى بذلك من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق وأخبر عما له قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه
وآله وسلم فيجب أن يكون قد عرف ذلك من قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولا يكون
قال ذلك برأيه ألا ترى أنه لو قال الصحابي سها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لأنه سها لم يجب أن يحمل
ذلك على أن قوله لأنه سها وكذلك لو قال رمى أن شاهداً ولكن أشهد وحلف المدعي لم يجز أن
يحمل ذلك على أنه قال ذلك برأيه فكذلك قوله في هذا الموضع على أنه لو كان قاله برأيه لوجب
أن يكون حجة لأنه لم يحفظ عن أحد من الصحابة خلافه فجرى مجرى إجماعهم وأيضاً فرقة وقعت من غير اختيار
الزوج فوجب أن تكون فسخاً دليله سائر الفسوخ وكذلك أن التحريم الواقع باللعان يتأبد
على وجه من الوجوه ولا خلاف أن التحريم الواقع باللعان قد يتأبد لأن الزوج لم يكذب
نفسه ولا خلاف أن التحريم متأبد فثبت بذلك أنه تحريم الفسخ دون تحريم الطلاق **مسألة**
قال ولا يجتمعان بعد ذلك أبداً وقال في المنتخب إلا أن يكذب الزوج نفسه ويظهر التوبة
ويقام عليه الحد فيجوز لهما أن يجتمعا بزوج جديد ولكن الأولى به ما ذكرناه من أنهما لا يجتمعان
أبداً منصوص عليه في الأحكام وما ذكرناه بعد ذلك منصوص عليه في المنتخب وحمل ما في المنتخب
على أن المراد به إذا فرق الحاكم قبل لعان المرأة على وجه الخطأ ذكر ذلك في النصوص وذلك
لأن يحيى عليه السلام في المنتخب جوز أن زوجها أنا من قبلها ويكذب الرجل نفسه وشرط ذلك في إثبات
النسب أيضاً ولو كانت كلها خطأ من الحاكم في التفريق لم يكن لذلك التفريق حكم وإن حمل لم يشكل
لم يجب أن يراجعها لزوجها إذا لم يحمله واقعاً على لعان صحيح على أنه لا فرق بينه وبين من
حمل الروايتين رواية واحدة وحمل ما في الأحكام على ما في المنتخب بأن قال بعد الكلام
أنهما لا يجتمعان أبداً إلا أن يكذب الزوج نفسه فيكون أحسن ما ذهب إليه أن بين قسم
أقل واحتماله أظهر والصحيح أنهما روايتان مختلفتان لأن ذلك هو الظاهر من الكلامين
فما ذكرناه أولاً هو رواية الأحكام وبه قال أبو يوسف والشافعي وما ذكرناه ثانياً هو رواية
المنتخب وبه قال أبو حنيفة ومحمد ووجه رواية الأحكام أن النبي صلى الله عليه

واله وسلم قال لا فرق بينهما لا اجتماعان ابدا الى يوم القيامه وفيما رواه ابو داود في السنن باسناده عن سهل بن سعد قال حضرت النبي صلى الله عليه واله وسلم حتى لا مر بهما مضت السنه في المتلاعنين ان يفرق بينهما ولا يجتمعان ابدا وفيما رواه ابو داود في السنن باسناده عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ان يكون له عليها سبيل على وجه من الوجوه وذلك التحريم ويدل على ذلك ما رواه زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام انه قال اذا فعلا ذلك يعني تلاعنا فرق الحاكم بينهما ولا يجتمعان ابدا وايضا لا خلاف ان الزوج لو لم يكذب نفسه ابدا لم يرتفع ذلك التحريم وكذلك اذا اكذب نفسه والعله انه تحريم وجب باللعان ويمكن ان يقاس ذلك على التحريم الواقع بالرضاع بعله انه يحصل مع انتفاء الرق ولا يرتفع باصابه الزوج ولا يعتبر دين فوجب ان يكون مويدا والاصول تشهد لذلك لانا لم نجد الاكذاب اوجب رفع شي من التحريم الواقع بين الزوجين الا ترا انه لو قال هي ذات رحم محرم او قال هي محرمه علي بالرضاع ثم اكذب نفسه لم يرتفع التحريم فوجب ان يكون كذلك حكم تحريم اللعان على الاكذاب اذا لم يرفع التحريم الحاصل في الحال لم يرفع التحريم المويد على انه اذا ثبت ان الفرقه الواقعه باللعان فسخ فلا قول بعده الا القول بان تحريمها مويد فان قيل ان اللعان يرتفع حكما وجب ان يرتفع التحريم المتعلق به قيل له لو كان ذلك كذلك لارتفع تحريم الحال فعادا زوجين ووجه رواية المنتخب ان الزوج اذا اكذب نفسه ارتفع حكم اللعان بدلاله انه يحد والولد يلحق فانه يلحق به فاذا ثبت ذلك وجب ان يرتفع التحريم المختص به وان لم يرتفع تحريم الحال كما ان المطلقه ثلاثا اذا نكحت زوجا غير الاول ارتفع التحريم المختص به وان لم يرتفع تحريم الحال ويمكن ان يقاس على التحريم الذي يقتضيه الطلاق في انه لا يجب ان يتابد بعله انه تحريم لا يرد الا على النكاح ويمكن ان يقال انه تحريم لا يتعلق بحرمه نسب ولا رضاع ولا نكاح فلم يكن متابدا دليله تحريم الطلاق او تحريم احلال الحرمين فاذا ثبت ذلك فما روي عن النبي صلى الله عليه واله وسلم وعن امير المومنين عليه السلام انهما لا يجتمعان ابدا محمول على انهما لا يجتمعان ما دام حكم اللعان باقيا وكذلك ما روي من قوله صلى الله عليه واله وسلم لا سبيل لك عليها محمول على انه لا سبيل لك عليها ما دامت على حكم اللعان ويويد ذلك الظواهر المقتضيه لاباحه النكاح

مسئله قال واذا اراد اللعان قال الحاكم للزوج قل والله العظيم اني لصادق فيما رميتها به من الزنا قذفي لها ونفي ولدها ويكون الولد في حجرها ويشير الزوج اليه ثم يكرر ذلك اربع مرات ثم يقول في الخامسه لعنة الله علي ان كنت من الكاذبين فيما قذفتها به من نفي ولدي هذا ثم يقول المراه قولي والله العظيم انه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفي ولدي هذا ثم يكرر ذلك اربع مرات ثم يقول في الخامسه غضب الله علي ان كان من الصادقين فاذا فعلا ذلك فقد تم بينهما اللعان وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب والاصل فيه قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله

انه لمن الصادقين الآية وما رويناه باسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم في اللعان
على هذا الحد ولا اختلاف فيه خلافًا فأوجب ان يبدأ بلعان الزوج لأن الآية دلت على ذلك لأمر الله
سبحانه بشهادة احدهم اربع شهادات فتعقب ذكر شهادة الزوج ولأنه اخبر كذا ورد ولأن الزوج
قد وجب عليه الحد فلا بد من اقامته او درئه باللعان فلا يجوز ان يتراخى عن وقت الوجوب **مسألة**
قال ولو ان رجلًا تحته امرأة جاءت بولد فنفاه عن نفسه وهي المرأة فعلى المرأة البينة انه ولدها
ولد على فراشه فان اتت بالبينة ثم نفاه الرجل بعد ذلك عن نفسه وجب بينهما اللعان
وهذا منصوص عليه في كتاب الحدود من المنتقى **ووجهه** انه اذا نفى ان يكون الولد ولدًا
له ولها فلم يقذفها ولم ينف ولدًا يجب الحاكم به فلم يلزمه اللعان لأن اللعان يجب للقذف
او لنفي مولود له على فراشه فاما اذا اقامت المرأة البينة على انها ولدته على فراشه وجاز لحوقه به فاذا
نفاه بعد ذلك لزمه اللعان كما يلزمه لو نفى ولدًا يقر بانه ولد على فراشه لأنه لا فصل بين من هو
بانه ولد على فراشه وبين ان يثبت ذلك بالبينة **فان قيل** اليس من مذهبكم ان اقرار المرأة
بالولد جائز كاقرار الرجل فلو الزمتموها البينة على انها ولدته **قيل له** لا يجوز ذلك الا بالبينة
مسألة قال ولو ان رجلًا قذف زوجته برجل بعينه فللرجل على زوجها الحد سواء لاعن الرجل
زوجته او لم يلاعنها فان ادعى المقذوف لولد لم يثبت نسبه منه بدعواه ويسقط الحد عن القاذف
ما ذكرناه اولًا من ايجاب الحد للرجل المقذوف منصوص عليه في الاحكام والمنتقى وما ذكرناه ثانيًا من
ادعاء المقذوف منصوص عليه في المنتخب قال الشافعي اذا لاعن الرجل زوجته سقط حد من قذفها به
على سبيل التبع **والدليل** على صحة ما ذهبنا اليه قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية ولا خلاف
بين المسلمين ان حكم الذكور والاناث من اولي الاحصان اذا قذفوا سواء فوجب ان لا يلزم الزوج
الحد لقذفه الرجل الذي قذف زوجته به لاعنها او لم يلاعن **فان قيل** فقد قال الله تعالى
والذين يرمون ازواجهم الآية ولم يخص من رماها مطلقًا او رماها برجل بعينه **قيل له** هذه الآية
افادت الحكم بينه وبين زوجته دون ما بينه وبين الاجانب فلم يكن فيها دلالة على موضع الخلاف
فان قيل هلال بن امية حين قذف زوجته بشريك بن سحماء لم يروَ انه حُدّ له ولأن شريكًا اقر بالزنا
ولا حصل عفو فدل ذلك على انه يجب ان يسقط بالتعان **قيل له** حد القذف حق يطالب به
المقذوف به فيجوز ان يكون ترك حده لأن شريكًا لم يطالب به فيكون هذا وجهًا غير الوجه الذي ذكرتم
ويدل على ذلك انه لا خلاف في انه لو قذفه مطلقًا او قذفه بغير زوجته لم يسقط حده باللعان فكذلك
اذا قذفه بزوجته والعلة انه قذف من ليس بزوجة او نقول لأنه قذف من لا لعان بينه وبينه
يوضح ما ذهبنا اليه ان اللعان اوجب سقوط الحد عن الزوج لأنه قام مقام البينة على صحة ما ادعاه
وقد علمنا انه لعانه لا يقوم مقام البينة على صحة ما ادعاه من قذف الاجنبي فلم يجز ان يسقط حده
بلعانه الا ترى انه لما اقام البينة في الاجنبي وجب ان يحد متى لو بان بما يدرأ عنه الحد كما انه لما اقام البينة

في الزوجة وجب أن تحد بحالها متى لم تأت بما به زال عنها الحد على أنا وجدنا الحكم للعان تحكم بحكم الزوجين
فلم يجب أن يكون له تأثير في غيرها كالظهار والإيلاء والطلاق فإن قيل فقد روي عن
النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال ادرؤوا الحدود بالشبهات قيل له هاهنا لا شبهة توجب
درء الحد وقلنا إن المقذوف لو ادعى الولد لم يثبت نسبه منه لأنه يكون مدعيًا له من زنى وقد قال
صلى الله عليه وآله وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وقلنا إن حده سقط عن القاذف لأنه يكون
قد صدقه في قذفه فلا يجب أن يحد له **مسألة** وإذا لاعن الرجل زوجته وانتفى ولده ثم
مات الولد واقتسم ميراثه ثم أكذب الرجل نفسه وادعى الولد لم يرجع على الذين اقتسموا ميراثه
بشيء ولو كانت المسألة بحالها وكان لابن الملاعنة ولد أعيد إلى جده وثبت نسبه منه وجميعه
منصوص عليه في المنتخب وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يثبت نسبه ويرثه أبوه **ووجه ما**
ذهبنا إليه أنه إذا مات فلا حكم يتعلق بنسبه إلا الإرث ليس إكذاب الرجل نفسه وإقراره بالولد
لم يصح منه ادعاؤه المال وقد ثبت أن الإنسان لا يستحق شيئًا من الأموال بادعائه وقال صلى الله عليه
وآله وسلم لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم **فإن قيل** ما أنكرتم على من قال
لكم إن النسب يثبت ويجب المال تبعًا **قيل له** إثبات النسب إنما هو لما يتبعه من الأحكام فإذا مات ابن الملاعنة
لم يتعلق بنسبه حكم إلا الإرث فإذا لم يثبت غيره لم يصح أن يقال هو تبع فإذا لم يصح أن يكون تبعًا
لغيره وكان استحقاقه لا يثبت بدعوى من يدعيه كما لا يثبت في سائر المواضع صح ما ذهبنا إليه وبطل
القول بأنه يرثه ويكشف ذلك أن اللقيط لو ادعاه مدع ثبت نسبه وصدق ولو ادعاه بعد موته
لم يكن لدعواه حكم وكذلك من باع غلامًا ولد عنده كان في ملكه ثم ادعاه وهو حي انفسخ البيع
وثبت نسبه وإن ادعاه بعد الموت لم يكن لدعواه حكم ولم ينفسخ البيع وكل ذلك يكشف أن دعواه
الميت متى تجددت كانت باطلة ووجب أن يبطل لأنه لا يثبت لأجلها وجه البيع لها **فإن قيل** أليس يورث
أنه لو كان له ولد ثبت نسبه **قيل له** ليس لولده إذا كان حيًا ثبت نسبه ويتعلق الحكم عليه **فإن قيل**
أليس لما يثبت للغلام الذي ذكرتم ولم يدعه حتى يكبر ويولد له ثم يموت أنه إذا ادعاه بعد ذلك ولده لا يثبت
نسبه فما أنكرتم أن يكون سبيل ولد ذلك سبيل ولد ابن الملاعنة **قيل له** الفرق بينهما أن تثبيت نسب ولد
الغلام لا يكون بدعوى مبتدأة فإذا مات أبوه لا يصح تثبيت نسبه بدعوى مبتدأة لأنه لا نسب له إلا بعد
ثبوت نسب أبيه بدعوة مبتدأة وذلك لا سبيل إليه وليس كذلك حال ولد ابن الملاعنة لأن نسبه
كان ثابتًا بالفراش وإنما انتفى باللعان فإذا أكذب الملاعن نفسه لم يحتج إلى تثبيت نسبه
إلى أمر مبتدأ فصح أن يثبت بالفراش المتقدم ثم يثبت نسبه **مسألة** قال وإذا أقر الرجل
بولده مرة أو شك حين يولد على فراشه لم يكن له بعد ذلك نفيه نص في الأحكام على أنه لا يكون له
نفيه إلا قرار ونص في المنتخب على أنه إن شك حين يولد على فراشه لم يكن له بعد ذلك إنكاره أما ما
قاله في الأحكام من أنه إذا أقر به فلا إنكار له بعده فلا خلاف فيه وسواء ولد على فراش ثابت أو
ولد من أمة إذا كان مجهول النسب **والأصل** فيه ما ثبت أنه من ادعى لغيره فليس له إنكاره

بعد

بعد ذلك ويستوي ذلك في الاموال والجنايات وسائر الحقوق فكذلك اذا اقر بولد لانه اقر بحق له فلا
انكار له بعد ذلك ﴿ فاما ما ذكرناه من انه اذا سكت حتى يولد على فراشه لم يكن له نفيه بعد فهو
قول كثير من العلماء وقالت ابو يوسف ومحمد ان له ان ينفيه ما بينه وبين اربعين يوما
لانه مدة اكثر النفاس والنفاس حال الولادة وذلك لا معنى له لان حال الولادة حال الوضع فقط
واما النفاس فحكم يتعلق به ولا مدخل في الاحكام المتعلقة ان تراخت او تقدم ولا اعتبار به ولا وجه
له واصل ما ذهبنا اليه فالاختلاف فيه من انه اذا سكت زمانا طويلا بعد الولادة والعلم بها
كالسنة ونحوها لم يكن له نفيه بعد ذلك فكذلك اذا مضت عليه ساعة والمعنى انه مضى عليه من الزمان
ما يمكنه نفيه فيه فلم ينف وايضا لا خلاف ان حق النفي يبطل بالسكوت فوجب ان يستوي فيه قليل
المدة وكثيرها دليله حق الشفعة فان قيل هذا ينتقض بخيار الرد بالعيب وخيار الامة اذا اعتقت
تحت زوج وخيار المولى في النكاح الموقوف فانكم لم تجعلوا شيئا من ذلك على الفور قيل له سائر تلك
الحقوق عندنا لا تبطل بالسكوت بل تبطل بالتصرف ولا بد فيه من الفعل او ما يقوم مقامه مما يدل على
الرضا فلم يجب ان يكون بطلانه على الفور وليس كذلك ما اختلفنا فيه من حق النفي لانه يبطل بالسكوت
والكف عن طلبه فوجب ان يكون حكمه حكم الشفعة مسئله قال وللرجل ان يلاعن المرأة
ما دامت في عدته وهذا منصوص عليه في المنتقى نص فيه انه لا فصل بين ان تكون في عدة من طلاق رجعي
او بائن ووجهه انه لا خلاف فيه انه يلاعنها ما دامت في عدته من طلاق رجعي فكذلك ما دامت في عدة
من طلاق بائن والعلة انها في عدة من نكاح او يباشر على من لم يطلق لعلة انها ممنوعة من التزويج لحرمة
الزوجية التي انعقدت بينهما وليس لهم ان يعترضوا ذلك بان يقولوا اثبات الزوجية شرط لذلك لا
يمنع من قياسنا الذي اعتمدناه على ان اللعان موضوعه لنفي الولد ودفع العار وكل ذلك حاصل
ما دامت موقوفة عليه بالعدة الا ترى ان حكم فراشها منه ثابت فوجب ان يكون حكمها في باب اللعان
حكم الزوجية ﴿ يوضح ذلك ان النبي صلى الله عليه واله وسلم قال ادرءوا الحدود ما استطعتم فلو لم
يوجب بينهما اللعان لاوجبنا اقامة الحد فان قيل فاللعان ايضا حد لانه قائم مقامه قيل له
لسنا نسلم ذلك بل اللعان قائم مقام البينة وهو يدرأ الحد لان الرجل عندنا لو ابى اللعان حد وقد
قال الله تعالى ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله فبين ان اللعان يدرأ عنها
العذاب الذي هو الحد فصح ان اللعان ليس بحد فسقط الاعتراض به فان قيل فاللعان عندكم
التفريق فلا معنى له بعد مفارقة الزوج لها قيل له قد مضى في كتابنا ان الفرقة الواقعة
باللعان فسخ والفسوخ يجوز ان تعرض في العدة وانما الممتنع عندنا في عدة الطلاق هو
الطلاق فلا يسوى علينا هذه فان قيل ظاهر قوله تعالى والذين يرمون المحصنات [illegible]
قيل له هو مخصوص بالادلة التي اعتمدناها مسئله قال واذا قذف الرجل زوجته
وابانها ثم مات فان [illegible] يلاعنها لم ينف الولد وهذا منصوص عليه في الاحكام وهو مما لا خلاف
فيه ولان النسب ثابت لقوله صلى الله عليه واله وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وانما ينتفي

مع الحاكم له بعد اللعان الواقع فاذا مات قبل ان يقع اللعان فلا وجه لنفيه وبجب ان يكون ثابتا

كتاب النفقات باب القول في نفقة الزوجات

يجب للزوجة على زوجها النفقة على قدر يساره واعساره سوا كانت الزوجة صغيرة او كبيرة مدخولا بها او غير مدخول بها تصلح للمجامعة مثلها او لا تصلح ما لم تحبس نفسها عنه مع التمكن من تسليمها فان حبست نفسها فلا نفقة لها منصوص عليه في كتاب الطلاق من الاحكام وما ذكرناه من وجوب نفقة الصغيرة التي لا تصلح للجماع على زوجها منصوص عليه في كتاب النكاح من المنتخب والاصل في ايجاب نفقة المراة على زوجها قول الله سبحانه الرجال قوامون على النسا بما فضل الله بعضهم على بعض الايه وقوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الايه ه وروى ابو العباس الحسني رحمه الله نا محمد بن الحسين بن علي العلوي حدثنا ابو حدثنا زيد بن الحسن عن ابي ادريس عن ابي حمزة عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه واله وسلم خطب يوم النحر بمنى في حجة الوداع فقال فيها استوصوا بالنسا خيرا الى ان قال ولهن عليكم من الحق نفقتهن وكسوتهن بالمعروف على انه لا خلاف فيه بين العلما واما ما ذهبنا اليه من ان المدخول بها وغير المدخول بها في ذلك سوا فيه قال ابو حنيفه ويدل على ذلك ما ذكرناه من الكتاب والسنه على انه لا خلاف ان المدخول بها اذا لم تمنع نفسها من زوجها لزمته نفقتها فكذلك التي لم يدخل بها والمعنى انها غير ممتنعة على زوجها ويبين صحة هذه العلة انها لو نشزت من زوجها حتى صارت ممتنعة على زوجها لم يلزم نفقتها فان قيل ما انكرتم على من قال يكون نفقتها لزمت لتسليمها نفسها قيل له قد علمنا لو سلمت نفسها ثم امتنعت اسقطت نفقتها فبان ان وجوب النفقة يتعلق بان لا يكون من قبلها امتناع على زوجها واذا ثبت ذلك بان انه لا فرق بين ان يكون التسليم حصل او لم يحصل فاما ما ذهبنا اليه من انها وان كانت صغيرة لا تصلح للمجامعة فان لها النفقة ففيه خلاف بيننا وبين ابي حنيفه ه ويدل على ما ذهبنا اليه ما قدمنا ذكره من الكتاب والسنه وكذلك الصغيرة التي ذكرناها يدل على ذلك انها غير ممتنعة على زوجها ويمكن ان يقاس بهذه العلة على من مرضت مرضا لا تستطيع معه جماعها او احرمت باذن زوجها فان نفقتها لا تسقط فان قيل المرض عارض وكذلك الاحرام فلا يجب ان يكون حكمها حكم الصغيرة قيل له قد علمنا ان النشوز يكون عارضا وان اوجب سقوط النفقة فبذلك علمنا ان ما يوجب سقوط النفقة لا يعتبر فيه كونه عارضا او غير عارض ولو كان العذر الوطي يوجب سقوط النفقة لا يستوي كونه عارضا او غير عارض ويدل على ذلك ايضا ما اجمعنا عليه من ان الصغر لا يسقط استحقاق المهر وجب ان لا يسقط استحقاق النفقة والعلة ان كل واحد منهما حق في مال يجب للمراة على زوجها لامر يتعلق بالزوجيه ويدل على ذلك ان النفقة ليست لا للبضع كالمهر فلا يجب ان يتعلق وجوبها على تسليم البضع الا ترى انها لو وطئت بشبهة لا تستحق المهر ولم تستحق النفقة وان قد يجب المهر من غير تسليم البضع على بعض الوجوه فتارة يلزم منه الشطر وتارة الكل

فلا يجب

هو ما ذكرناه من وجوب نفقة الزوجة على زوجها على قدر اليسار والاعسار [illegible]

النفقة بذلك اولى **فان قيل** الناشزة تسقط نفقتها للعذر وصول الزوج الى الاستمتاع
فكذلك الصغيرة **قيل له** هذا ينتقض بمن سافر عن زوجته او احرمت زوجته باذنه فلا
يصح التعويل عليه على ان الناشزة انما وجب سقوط نفقتها لانها عصت بالامتناع وليس يلزم
على ذلك الامة المزوجة التي لم تسلم الى زوجها لان هذا ايجاب الحكم بغير تلك العلة وهذا شائع
غير ممتنع على انا لو زدنا في العلة بانها ممن وجب العقد تسليم نفسها لزال هذا الاعتراض بواحدة لان
عقد الامة لا يوجب تسليم نفسها لانه يبقى عليها حق الخدمة ويمكن ان نحرر العلة على هذا المعنى ايضا
فيقال لما لم يكن من الصغيرة امتناع بمعصية في عقد اوجب تسليم نفسها لم يجب ان تسقط نفقتها
قياسا على الكبيرة البالغة الممكنة من نفسها **فان قيل** النفقة جعلت في مقابلة الاستمتاع فاذا فقد الاستمتاع
فلا نفقة **قيل له** ليس كذلك بل النفقة جعلت في مقابلة بذل نفسها فاذا حصل البذل وجبت
فاما اذا حبست نفسها على الوجه الذي ذكرنا فلا خلاف في انها تكون ناشزة وان نفقتها تسقط
ووجه قولنا انها تحسب لا باعتبار [illegible] قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته الاية وقوله
سبحانه والذين اذا انفقوا [illegible] وقد علمنا ان لعيني بالقليل مقترا والعسير بالموسعة مسرفا والمقادير
المذكورة في هذا الباب محمولة على انها قدرت على حسب احوال اقوام وعاداتهم **فصل قال**
ابو العباس رحمه الله تعالى عن ابي القسم عليه السلام انها ان منعت نفسها لاستيفاء مهرها
لم تسقط نفقتها وبه قال ابو حنيفة **ووجهه ما استدللنا به** من الاثر والاية وهي ايضا غير
ممتنعة بمعصية في عقد اوجب تسليم نفسها فوجب ان تجب نفقتها قياسا على المحرمة باذنه او المريضة على
ان امتناعها في الحقيقة في حكم امتناع الزوج لان الزوج يمكنه ازالة الامتناع بتوفية المهر [illegible]
ولا يكون منه مطالبة بالكون عنده مع بذل لها نفسها وان النفقة تجب لها **مسألة** قال ابو العباس رحمه
الله ان تطالب الزوج بالنفقة ان كانت كبيرة ولوليها ان يطالب عنها بالنفقة اذا كانت صغيرة قد نبه في
كتاب النفقة من المنتخب على ما ذكرناه في الكبيرة وفي كتاب النكاح من المنتخب على ما ذكرناه في الصغيرة ويجب
ان يكون المراد بولي الصغيرة هاهنا من يتولى عليها في مالها كالاب او وصيه او الجد او الحاكم او من يوليه
دون من يجوز لهم ولاية النكاح فقط كالاخ وابن الاخ والعم وابن العم وعلى هذا خرجه ابو العباس الحسني
رحمه الله تعالى في النصوص ان من قدمنا ذكرهم لهم الولاية في المال دون من ذكرناهم ثانيا **ووجهه**
ان هذه الولاية ولاية تخص المال فوجب ان يكون البالغة اولى بها كما انها اولى بسائر اموالها وحقوقها
المتعلقة بالاموال اذ ليس لاحد ان يتولاها عليها وقلنا ان ولي الصغيرة يطالب عنها لمثل ما ذكرناه
من ان له التصرف في مالها وحقوقها المتعلقة بالاموال اذ الاخرى بمعناها فكذلك ما ذكرناه على انه اذا
ثبت استحقاقها للنفقة فلا خلاف بعد ذلك في ان للكبيرة ان تطالب بها وان لولي الصغيرة
ان يطالب عنها كما في سائر حقوقها **مسألة** قال واذا مطل الزوج بالنفقة
فغاب مدة او هرب او غفل عنها او دافع بوجه من الوجوه فيحكم طولب بعد ذلك بنفقة ما
مضى وكذلك القول ان كان الولي هو المطالب عنها وهذا منصوص عليه في المنتخب وحصله ابو العباس
الحسني رضي الله عنه في النصوص انها كالدين وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تلزم الا
ان يفرضها الحاكم او يقع التراضي بها **والاصل** في لزومها على الاحوال كلها ما قدمنا ذكره

من الابتداء لانها لم تحصل حالا من حال ويدل على ذلك ما اجمعنا عليه انها تصير لازمة بفرض
الحاكم او حصول التراضي فكذلك وان لم يحكم الحاكم ولم يحصل التراضي والعلة انها غير
ممتنعة على زوجها على جهة المعصية فوجب ان تكون نفقتها لازمة لزوجها كالديون وبين
ان الحكم يتعلق بما ذكرناه ان الحاكم لو فرضها او حصل التراضي بها ثم حصل النشوز من جهتها
لم يكن لها نفقة ومتى زال النشوز عاد وجوبها فبان ان العلة ما ذكرناه ويدل على ذلك انها حق
في مال يجعل في مقابلته بدل لنفس المراة ويجعل بدلا له فاذا سلم البدل وجب ان يستحق ما بازائه
من غير مراعاة حكم او غيره دليله سائر الابدال **فان قيل** شبهها بنفقة ذوي الارحام
وانها تسقط بالفوات **قيل له** ليس كذلك لان نفقتهم لم تجعل عوضا عن شيء كما ان نفقة الزوجة
جعلت عوضا من البدل الا ترى انها لو نشزت لسقطت نفقتها ومتى بذلت نفسها لزمت معسرة
كانت او موسرة فبان انها تلزم على طريق المواصلة والمواساة كنفقة ذوي الارحام التي لا حكم
لهم بها الا مع الاعسار **فان قيل** لا يجوز ان يكون النفقة عوضا من البدل لان الزوج قد
استحق ذلك عليها بالعقد والمهر ولا يجوز ان يستحق بدل المستحق عوضا بما قبل المستحق بالعقد
والمهر هو الوطء فقط الا ترى انها لو نشزت وكانت تمكن من وطئها او فاتت الحاجة اليها لم يكن لها
نفقة وان وجب المهر وانما تجب النفقة اذا حصل منها البدل فبان ان البدل المستحق بالعقد مع
المهر والنفقة اذا في مقابلة البدل **مسألة** قال وان كان الولي انفق عليها في المدة التي
دافع الزوج فيها بالمعروف وجب له على الزوج وان كان اسرف في النفقة رجع منها بمقدار
ما يكون بالمعروف وهو فيما زاد عليها متبرع لا يرجع به وكذلك ان كان للمراة مال فانفق
عليها الولي رجع على الزوج بمقدار المعروف من النفقة وهذا منصوص عليه في المنتخب
ووجهه ما قد بيناه من انها لازمة لزوجها وجارية مجرى الدين واذا امتنع من النفقة عليها
فان انفاق الولي عليها وانفاقها على نفسها لا يسقط حقها فلذلك قلنا ان له الرجوع بذلك
على الزوج وقلنا ان له الرجوع بمقدار المعروف منها لان ذلك هو الواجب دون ما زاد
عليه فلم يجز له ان يرجع على الزوج بالزيادة اذ هي غير لازمة له **مسألة** وان ماطل
الزوج حبس لها ولا تحبس المراة عن الزوج ان كان موضعهما من الحبس موضعا مستورا عن الناس
فان لم يكن الموضع كذلك جاز لها ان تحبس وهذا منصوص عليه في المنتخب **ووجه**
قولنا ان الزوج ان ماطل حبس لها لان وجوب النفقة قد ثبت وجرى مجرى سائر الديون
فقلنا ان الزوج متى امتنع من توفيتها حبس كما يحبس اذا امتنع من توفية سائر الديون التي
عليه وقلنا ان المراة لا تحبس عنه اذا كان في الحبس موضع مستور عن الناس لانها لو امتنعت
من غير عذر كانت ناشزة والنشوز معصية وهو ايضا يسقط ما بعد ذلك من نفقتها واما
ما وجب من النفقة قبل ذلك فلا يسقطه النشوز الواقع من بعد فاما اذا لم يكن في الحبس موضع على ما
ذكرناه جاز لها ان تمتنع من حضوره لانها ممنوعة كما تمنع منه اذا كانت محرمة او معتكفة

من نفقتها

قد تسلم نفسها لاستيفاء مهرها ولم يجب أن يسقط نفقتها بهذا أيضاً لأنها ليست بناشزة بل
هي ممتنعة بحق على ما مضى القول فيه وفي نظائره من المسائل. مسألة قال وإذا
طلق الرجل زوجته وجب عليه نفقتها ما دامت في عدته تطاول زمان العدة أم تقاصر
فإن كانت المطلقة رجعية وجب لها السكنى مع النفقة وهذا منصوص عليه في الأحكام
والمنتخب والأصل في إيجاب السكنى والنفقة للمعتدة قول الله تعالى بعد ذكره الطلاق
ووصف أحوال العدة: أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم الآية على أن الجملة التي ذكرناها مما
لا خلاف فيه وفي المطلقة الرجعية لم يختلف المسلمون في أنه لها السكنى والنفقة وإنما
الخلاف في غير ذلك مما يجيء تفاصيله بعون الله ولا خلاف أيضاً في طول المدة في العدة
وقصرها. مسألة قال وإن كانت المطلقة بائنة وجبت النفقة دون السكنى وهذا
منصوص عليه في الأحكام والمنتخب. اختلف أهل العلم في ذلك فقال أبو حنيفة لها النفقة
والسكنى وقال الشافعي لها السكنى ولا نفقة لها وذهبت الإمامية إلى أنها لا نفقة لها
ولا سكنى. ونحن نبين أن لها النفقة وأنه لا سكنى لها بعون الله فيكون قد أتينا على جميع
الخلاف في هذا الباب. فأما ما يدل على أن النفقة واجبة لها قول الله تعالى: وإن كن
أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فلم يشترط البائن فاقتضى العموم إيجاب النفقة
على أولات الحمل إلى أن ينقضي عدتهن بوضع الحمل بائناً كانت أو غير بائن. وإذا ثبت وجوب
النفقة على المطلقة البائن إذا كانت ذات حمل بالآية التي ذكرناها ولأنه مما لم نعرف فيه خلافاً من
عامة الفقهاء وجب أن يكون ذلك حكمها وإن كانت حائلاً لعلة أنها معتدة من طلاق ويمكن
أن يقاس بهذه العلة على المطلقة طلاقاً رجعياً في أن النفقة واجبة لها. فإن سأل السائل
الحبلى وجبت نفقتها لأنها حبلى. قيل له قد علمنا أن الحمل لا تأثير له في إيجاب النفقة
لإجماع الكل على استواء وجوده وعدمه في عدة المطلقة الرجعية على أن وجوب النفقة إنما
أن يكون لحق الحمل أو لحق المرأة فإن كان لحق الحمل وجب أن ينفق عليه من مال الحمل إن كان
له مال وأوجب الإبراء منه كفاية المرأة فلما ثبت به كفايتها ولم ينفق عليها
من مال الحمل علم أنها حق للمرأة المعتدة فوجب أن يستوي فيها الحائل والحامل وأيضاً
إذا ثبت وجوب النفقة للزوجة لكونها محبوسة على زوجها غير ناشزة وجب أن يلزم
المعتدة البائن لكونها محبوسة عليه من غير نشوز وليس لهم أن يقولوا من سلم أنها
محبوسة على زوجها وذلك أنه وإن لم يكن في الحال زوجاً فإنه هو الذي ملك بضعها
بالنكاح وحبسها إنما هو بحرمة المختلعة بذلك فإذا استمر العرض فيما ذكرناه لم يقدح فيه
امتناعهم من إجراء الاسم عليه ويكشف ذلك أنها في حال الاعتداد موقوفة لحرمة الزوجية
ممنوعة من التصرف في نفسها كما لو أنها في حال الزوجية وجب أن يلزم نفقتها كما لزمت في حال الزوجية

فإن قيل هلا تنقض بالمختلعة إذا خالعت على النفقة قيل له نحن عللنا لإيجاب مثل
النفقة لأن يعتبر منها الإبراء فلا وجه لهذا السؤال فإن قيل فقد روي عن فاطمة
بنت قيس أنها قالت طلقني زوجي البتة فخاصمته إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
في السكنى والنفقة فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة وهذا نص يعترض ما قلتم قيل له قد روي
أن زوجها المطلق بعث إليها النفقة فاستقلتها فخاصمت فممكن أن يكون قولها أن النبي صلى الله
عليه وآله وسلم لم يجعل لي نفقة محمولا على أن المراد به أنه صلى الله عليه وآله وسلم لم
يجعل لي نفقة زائدة على ما بعث وإذا كان هذا هكذا لم يكن لخصمنا التعلق به أخبرنا أبو بكر ابن
أبي بكر المقري حدثنا الطحاوي حدثنا روح حدثنا يحيى بن عبد الله بن بكير ثنا الليث عن أبي الزبير
المكي أنه سأل عبد الحميد بن عبد الله بن أبي عمرو بن حفص عن طلاق جده أبي عمرو فاطمة بنت
قيس فقال له عبد الحميد طلقها البتة ثم خرج إلى اليمن ووكل عياش بن أبي ربيعة فأرسل
عياش ببعض النفقة فسخطتها فقال لها عياش ما لك علينا من نفقة ولا سكنى وذكر باقي الحديث
فدل ذلك على أن الذي أراده صلى الله عليه وآله وسلم بقوله ليس لك نفقة هو الزائد
على الذي بعث إليها وأخبرنا المقري حدثنا الطحاوي حدثنا ابن مرزوق حدثنا وهب
حدثنا شعبة عن أبي بكر بن أبي الجهم قال دخلت أنا وأبو سلمة على فاطمة بنت قيس فحدثت
أن زوجها طلقها طلاقا بائنا وأمر أن يرسل إليها خمسة أوساق فأتت النبي
صلى الله عليه وآله وسلم فقالت إن زوجي طلقني ولم يجعل لي السكنى ولا النفقة فدل
هذا الخبر أن النفقة كانت قد بعثت إليها وأنها كانت تطلب الزيادة فمنعها عن طلبها النبي
صلى الله عليه وآله وسلم وذكر أبو القاسم الحسني رضي الله عنه وكتبنا بالأمالي أنه روي عن عبد
الرحمن بن المهدي حدثنا سفيان عن أبي بكر بن أبي الجهم قال سمعت فاطمة بنت قيس تقول أرسل
زوجي أبو عمرو بن حفص مع عياش بن أبي ربيعة بطلاقي وأرسل إلي خمسة أصواع من شعير وخمسة أصواع
من تمر فإن قيل فإن في الخبر الأول أنه بعث إليها خمسة أوساق وفي الخبر الثاني أنه بعث
إليها خمسة أصواع من شعير وخمسة أصواع من تمر وهذا ضرب من التعارض قيل له لا يمتنع
أن يكون الذي بعث أولا عشرة أصواع وأنه أكمل خمسة أوسق بعد ذلك فتارة أخبرت عما حمل
إليها أولا وتارة عما حمل إليها ثانيا فلا يكون في ذلك تعارض فإن قيل لو كان حمل إليها
خمسة أوساق ما كانت تستقلها قيل له يجوز أن لا يكون الجميع كان لنفقة عدتها بل كان بعضه
لما لزمه من نفقتها المتقدمة ويجوز أن يكون اعتد زمانا لأن أمرها استطال لمدة العدة
فاستقلته فإن قيل فلو كان ذلك كذلك لم ينكر عمر قولها قيل له يجوز أن يكون عمر سمع
ظاهر قولها ولم يعرف ما كان وصل إليها وأنها نفت الزائد من النفقة فأنكر ظاهر إطلاقها
أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يجعل لها نفقة فأما ما يدل على أنها لا سكنى لها فما أخبرنا
به أبو بكر المقري حدثنا الطحاوي حدثنا صالح بن عبد الرحمن الأنصاري حدثنا سعيد بن منصور

ثم قلت لي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
فقال ليس لك نفقة ولا سكنى

فهو حدثنا

واسمعيل بن ابي خالد وداود بن ابي هند

حدثنا هشيم انا مغيرة وحصين واشعث ومجالد عن الشعبي قال دخلت على فاطمة بنت قيس بالمدينة
فسألتها عن قضاء رسول الله صلى الله عليه واله وسلم عليها فقالت طلقني زوجي البتة فخاصمته
الى رسول الله صلى الله عليه واله وسلم في السكنى والنفقة فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة وامرني ان
اعتد في بيت ام كلثوم وقال مجالد في حديثه انه قال انما السكنى والنفقة لمن كانت له الرجعة
فقولها لم يجعل لي سكنى دليل على ان المبتوتة لا سكنى لها وكذلك ما رواه مجالد عنها انه
صلى الله عليه واله وسلم قال انما السكنى والنفقة لمن كانت له الرجعة نص فيما
ذهبنا اليه وكذلك قول عبد الحميد بن عبد الله بن ابي عمرو بن حفص ان النبي صلى الله عليه واله وسلم
قال لفاطمة بنت قيس ليس لك نفقة ولا سكنى ولكن متاع بالمعروف دليل على صحة ما ذهب
اليه من انها لا سكنى لها فان قيل فان عمر انكر هذا الحديث ومن شرطه قبول خبر الواحد الا
تكون للسلف نكير فيه قيل له ليس الامر على ما ذكرت بل يجب للمنكر ان يذكر للانكار وجها
يجوز ان ينكر من اجله وعمر لم يزد على ان قال لا نقبل خبر امراة لا ندري اصدقت ام كذبت في بعض الحسنا
في بعضها او نسيته وهذا لا يجوز ان يكون وجها للانكار الا ترى انا لو جعلنا ذلك وجها للانكار لوجب
ان ينكر جميع اخبار الاحاد لان كل خبر الواحد يجوز على راويه الكذب والسهو ولا يدرى اصدق ام
لا فلما كان هذا هكذا لم يكن ذلك وجها ينكر من اجله خبر الواحد وجب ان يسقط انكاره له
فان قيل فانه قال لا نقبل على كتاب ربنا ولا على سنة نبينا صلى الله عليه واله وسلم خبر امراة
لا ندري اصدقت ام كذبت ولا بد انها اعترضت على كتاب الله سبحانه وسنة نبيه صلى الله عليه واله
وسلم فوجب ان يسقط خبرها قيل له الاعتراض على وجهين احدهما ان يعترضه اعتراض المخصص
فهذا جائز غير ممتنع لان عموم القران قد يخص بخبر الواحد وقد يعترض اعتراضا يوجب رفع
حكمه راسا وهذا مما لا يجوز ولم يثبت في كتاب الله تعالى ولا في سنة رسوله صلى الله عليه واله وسلم
لفظ يحتمل التاويل ويكون خبر فاطمة بنت قيس يوجب رفع حكمه راسا فسقط هذا الاعتراض
على ان عمر بين انه رد خبرها لانه لا يدري اصدقت ام كذبت فلو كان رده له لانه رافع لحكم الكتاب
والسنة راسا لم يقل ذلك فانه ما جرى هذا المجرى لا يقبل وان ورد من جهة من يعلم انه ثقة عدل
فان قيل فقد قال الله تعالى واحصوا العدة ثم قال لا تخرجوهن من بيوتهن وقال ايضا بعد ذكره
سبحانه احكام العدة اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فكان الايتان عامتين في البائنة وغير
البائنة وايجاب السكنى لها قيل له لو ثبت ما ادعيتم من عموم الايتين لوجب ان يكونا مخصوصتين
بما رويناه عن فاطمة عن النبي صلى الله عليه واله وسلم وعن عبد الحميد بن عبد الله عن النبي صلى الله
عليه واله وسلم في شانها على ما بيناه على ان في كل واحدة من الايتين ما يدل على انها خاصة
في المعتدة من الطلاق الرجعي الا ترى انه قال سبحانه بعد قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن لعل
الله يحدث بعد ذلك امرا وقد روي في التفسير ان ذلك الامر هو الرجعة فدل ذلك على ان الاية
فيمن طلقت تطليقة رجعية على انه ليس هناك امر يتعلق بالعدة ينتظر حدوثه سوى الرجعة
فيجب ان يكون هو المراد قيل له الرجعة هي فعل المراجع فكيف يجوز ان يحدثها الله تعالى قيل له

طا او سهت

المراد به ان الله سبحانه عرفنا ما يدعو اليها من الاشتباه لما فيه واما ما يدل على ان قوله سبحانه
اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ومعناه حيث سكنتم ومن ها هنا صلة وقد علمنا ان المطلق لا يجوز له
مساكنة المطلقة الا ان تكون المطلقة رجعية واما البائن فلا يجوز له مساكنتها لانها في حكم الاجانب
الا ترى انها لا تستباح الا بعقد جديد واذا ثبت ذلك بان ان الآية واردة في المعتدات من الطلاق
الرجعي ويدل على ذلك انها لو لم يبق لمطلقها عليها حق الاستمتاع لم يجب عليه لها
السكنى دليله اذا خرجت من عدتها ويكشف ان السكنى يتعلق بحق استمتاع الزوج وانها ليست كالنفقة
ان المراة لو ابرأته من السكنى كان لزوجها ان يطالبها بان تسكن حيث سكنها وليس لها ان تجعل
مسكنها لغيرها والنفقة لو ابرأته المراة عنها لم يكن له ان يطالبها بالاستيفاء من نفقتها وكذلك
اذا اقبضت نفقتها فلها ان تهبها من شاءت وتصرف فيها كيف شاءت فدل ذلك على ان السكنى يتعلق
بها حق الزوج فاذا انقطع حقوق الزوج من الاستمتاع منها وجب ان يسقط وجوب سكناها

مسألة قال والمختلعة ان خولعت على النفقة فليس لها نفقة ولا سكنى وان لم تخالع على النفقة
فلها النفقة دون السكنى وهذا منصوص عليه في الاحكام اما ان خولعت من غير اشتراط اسقاط النفقة
فقد دللنا في المسألة التي تقدمت ان لها النفقة دون السكنى فلا وجه لاعادته واما اذا خالعها عن النفقة
فان النفقة تسقط لانها قد جعلت عوضا للطلاق كما يسقط المهر اذا جعل عوضا للطلاق لان كل واحد
منهما حق مال وجب بسبب النكاح فوجب ان يصح اسقاطه بالمخالعة وليس يكون الاعتراض عليه بان
النفقة قد يدخل فيها الجهالة فلا يصح ان تجعل عوضا لان دخول الجهالة في اعواض الطلاق لا تبطلها
كما يبطل المهر وليس يصح ان يقال ان ابراءها منها لا يصح لانها لم تجب بعد ولم تصر المراة مستحقة لها
لانها تستحقها بعد الطلاق لان ذلك عندنا ليس بابراء محض لانها لم تجعل العوض عنها وقد علمنا انها
لو اعطيت نفقة العدة قبل الطلاق صح ذلك فلم يمتنع ان تعاض الطلاق عن نفقة العدة [illegible] بها

مسألة قال والمتوفى عنها زوجها تنفق نفقتها من جملة الميراث حتى تنقضي عدتها
وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب ذهب اكثر العلماء الى انه لا نفقة لها قال ابو العباس الحسني
رحمه الله وروي نحو قولنا عن الزهري عن سالم عن ابن عمر وقد روى هناد بن السري عن الشعبي عن علي عليه السلام
وعبد الله بن مسعود انهما اوجبا النفقة للحامل المتوفى عنها زوجها وروي نحوه عن شريح **والدليل**
على صحة ما ذهبنا اليه ما اخبرنا به ابو العباس الحسني رحمه الله نا محمد بن علي بن سروسان نا ابو حاتم الرازي نا ابو
صالح كاتب الليث عن معوية بن صالح عن علي بن طلحة عن ابن عباس في قول الله تعالى والذين يتوفون منكم
ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج قال كان الرجل اذا مات وترك امراته
اعتدت سنة في بيته ينفق عليها من ماله ثم انزل الله سبحانه والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا
يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا فهذه عدة المتوفى عنها زوجها [illegible] ان الآية الاولى اوجبت
على المتوفى عنها زوجها اعتداد سنة واوجب لها النفقة مادامت في العدة فلما نسخ المدة بقي [illegible]
النفقة على ما كان عليه **فان قيل** فقد روي عن عكرمة عن ابن عباس انه قال في قوله تعالى متاعا
الى الحول غير اخراج نسخ ذلك باية الميراث **قيل له** يجوز ان تكون ذلك لراي رآه اذ ليس في ظاهر آية
الميراث ما يوجب نسخ ما جعل لها من المتاع وما كان كذلك لم يلزمنا المصير اليه الا بحجة **فان قيل**

فاذا كان المروي عن علي عليه السلام انه اوجب النفقة للحامل فكيف وجبت ها الحايل مع ولكم انه لا يجوز ان يخالف قيل له ليس فيما روي عنه ما يدل على انه عليه السلام لم يكن يوجبها للحايل وجايز ان يكون سأله سايل عن الحامل اذا توفي عنها زوجها فاجاب بوجوب النفقة لها فروى المسامع ما سمعه نفيا به لانه عليه السلام لم يكن يرى الحايل اعلى انها اذا وجبت للحامل فيجب ان تجب للحايل فيما شاعليها من العلة انها معتدة من وفاة فوجب ان يكون نفقتها من جملة الميراث ولا خلاف انها لو كانت مطلقة طلاقا فارتجعها لوجبت النفقة لها فكذلك اذا توفي عنها زوجها والمعنى انها معتدة عن نكاح او محبوسة بحرمة النكاح و يؤيد هذه العلة انها اذا كانت متزوجة كان لها النفقة بهذه العلة ومتى زالت زال الحكم فان قيل فان الرجل اذا مات انقطعت حقوقه عن ماله فلا يجوز ان يحدث ذلك بوجوب حق قيل له يجوز ان يحدث ذلك اذا كان السبب متقدما كما يحدث وجوب الكفن والوصايا للاسباب التي تقدمته مسألة قال واذا اسلم الكافر ولم تسلم امراته فلا نفقة لها فان اسلمت ولم يسلم الزوج فلها النفقة ما دامت في العدة وهذا منصوص عليه في كتاب النفقات من الاحكام ووجهه ان الكافر اذا اسلم ولم تسلم امراته فهي في حكم الناشزة لانها باقامتها على الكفر ممتنعة من زوجها بمعصية الا ترى انها لو اسلمت لحلت لزوجها فاذا ثبت ان اقامتها على الكفر امتناع من الزوج بمعصية وجب ان تسقط نفقتها مثل الناشزة واما ان اسلمت ولم يسلم فانها ممتنعة من زوجها بحق ومكن لزوجها اراده ذلك لما تبع بان يسلم فسبيلها سبيل من منعت زوجها نفسها لاستيفاء مهرها قبل الدخول في عقد اوجب تسليم نفسها فان نفقتها واجبة لانها امتنعت بحق على ما سلفنا القول فيه وهاتان المسألتان مبنيتان على ان الفرقة لا تقع بينهما الا بانقضاء العدة وقد بينا الكلام في ذلك فيما تقدم من كتاب النكاح فلا وجه لاعادته

باب نفقة المعسر على قرابته الموسر

قال ويجبر الموسر على نفقة رجلا كان او امراة صغيرا كان او كبيرا نفقة ابويه اذا كانا معسرين مسلمين كانا او كافرين فاما سائر القرابات فلا نفقة لهم الا اذا كانوا مسلمين وهذا جميعه منصوص عليه في الاحكام ووجه قولنا انه لا فصل بين ان يكون الذي لزمته نفقة ابويه او غيرهما من قرابته رجلا او امراة صغيرا او كبيرا هو ان الحقوق المتعلقة بالاموال استوى فيها الرجال والنساء والصغار والكبار اذا اشتركوا في السبب الموجب لها كذلك الجنايات التي تتعلق بها الاموال لا فصل بينهم فيما يلزم من طريق المال فكذلك لا فصل بينهم في باب العشور وعندنا في سائر الزكوات فاذا ثبت ذلك وكان الموجب للنفقات هو الرحم والسبب وجب ان يستوي الرجال والنساء والصغار والكبار فيها لاشتراكهم في سببها وهو الرحم وقلنا ان نفقة الابوين واجبة مسلمين كانا او كافرين لقول الله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا والمصاحبة في الدنيا على سبيل المعروف يقتضي الاسباغ عليهما ولا يكسيهما ويعريا ان يسعهما او يكسوهما وتركهما مع قدرته على ذلك وقول النبي صلى الله عليه وعلى اله وسلم

انت ومالك لابيك فاقتضى ظاهره ان يكون للاب معسرا كان او موسرا كافرا كان او مسلما
ان يتصرف في مال ابنه فلما اجمعوا على انه ممنوع من ذلك مما اراد حملنا [illegible] الحاجة بهذا الاعتبار
نورد ذلك على مقتضى الظاهر مسلما كان الاب او كافرا واذا ثبت ذلك في الاب ثبت في الام لاشتراكهما
في الولادة ولان احدا لم يفصل بينهما في هذا الباب واما قلنا بين الاولاد وما قلنا انه لا نفقة لهم
على المسلم الا اذا كانوا مسلمين لانه لا خلاف فيه ولان الحقوق التي بينهم منقطعة **مسألة**
قال والنفقة التي يحكم بها هي الاطعام والكسوة والسكنى والخادم ان كان المنفق عليه لا يطيق
خدمة نفسه لمرض او صغر او كبر هذا منصوص عليه في الاحكام **ووجهه** قول الله تعالى
لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك فدل على وجوب ما ذكرنا وكان
ايجاب بعض ما قلناه ليس باولى من ايجاب البعض اذ الكل يجمع قوام المرء وقوته الذي لا يستغني عنه
مسألة قال ويحكم على الموسر بنفقة رحمه المعسر اذا كان وارثا له على قدر موروثه منه
فان لم يكن وارثا فلا نفقة له عليه وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب وقد اختلف العلماء في هذه
المسألة فذهب الى ان النفقة تجب على كل ذي رحم محرم اذا كان من اهل الميراث والشافعي قصره على
الولادة فقط وحكي عن الاوزاعي انها على اهل العصبة دون النساء وحكي عن ابن ابي ليلى وابي ثور انها تلزم
كل وارث بسبب **والدليل** على صحة ما ذهبنا اليه قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له
بولده وعلى الوارث مثل ذلك **ووجه الاستدلال**
من الآية ان الله تعالى خص الوالدين والورثة بالمنع من المضارة بالولد ولا مضارة تقع في الحقيقة
بالمنع منها الا من ترك الانفاق وما يتبعه فثبت انهم قد وجب عليهم الانفاق **فان قيل** ما تنكرون
على من قال لكم ان المراد به سائر الاضرار **قيل له** المنع من سائر الاضرار لا يختص به الوالدان
والورثة لانهم والاجانب فيه سواء فبان ان المراد ما ذهبنا اليه **فان قيل** ما انكرتم ان يكون المراد
وارثا والقرابة هو الحكم **قيل له** الالف واللام يفيدان الجنس اذا دخلا في الكلام على هذا الحد فلا يجوز ان
يقتصر على وارث دون وارث الا بالدلالة لانه يكون تخصيصا وتخصيص العموم لا يجوز الا بالدلالة **فان**
قيل خصه ما روي من قوله صلى الله عليه وآله وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه
قيل له هذا لا يبينا ولموضع الخلاف لان الخلاف واقع في لزوم الاخراج ولم يذكر ذلك في
الحديث **فان قيل** فقد روي عنه عليه السلام انه قال ليس في المال حق سوى الزكاة **قيل له**
ما استدللنا به من الآية اخص بموضع الخلاف من هذا الخبر فلا يجوز الاعتراض به عليها على انه قيل
يجوز ان تدخل فيها الزوجة وولي النعم **قيل له** تخصها بدلالة الاجماع وقد روي هذا عن هذه
الآية على ما ذهبنا اليه عن عطاء وابراهيم بما سنذكره عنهما ويمكن ان نستدل على ذلك بقوله تعالى
واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض ولم يبين الامر الذي يكون بعضهم اولى ببعض فيه فوجب ان
يكون عاما فيه وفي جميع ما يجوز ان يكون مرادا به اذ ليس بعض ذلك بان يكون مرادا اولى من بعض
فاذا ثبت ذلك وجب ان يكون اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في الانفاق عليه واذا صح ذلك
صح ما ذهبنا اليه ويدل على صحة ما ذهبنا اليه ما اجمعنا عليه من ان الولد يلزمه نفقة ابويه

وان كان الابوان يلزمهما نفقة الاولاد فوجب ان يكون كل سبب من اهل الاتفاق يلزمه ذلك
للقرابة والعلة انه سبب او ميراث الولد يلزمه نفقة ابنه الصغير الفقير فكذلك سائر ما
اختلفنا فيه والمعنى ان كل واحد وارث نسيب وعلتنا اقوى من كل ما يعلل به المخالف لان كونه
نسيبا مما اجمع على انه مراعى وكونه وارثا قد نبه النص عليه ويمكن ان يقوى بها اعم من كلما
يعلل به في هذا الباب ... ابوابها في الشرع اريد بها ... باسقاطه ما يعارضها من العلل
وجميع ذلك هو على ابي حنيفة والشافعي في المواضع التي خالفانا فيها وان كان الكلام اذا
كان مع ابي حنيفة اوسع مجالا لايجابه النفقة على كل ذي رحم محرم على ان اصحابه اسعد لما
استدللنا به من قوله وعلى الوارث مثل ذلك ثم قالوا فيمن له خال وابن عم ان النفقة تلزم
الخال وان لم يكن وارثا وكان ابن العم وارثا فالزموا ابن الخال على الخاله من اهل الميراث
وهذا خلاف الظاهر فوجب سقوطه **فان قيل** ما انكرتم ان يكون ابن العم لا تلزمه النفقة
قياسا على مولى النعمة والزوجة لانه ليس بذي رحم محرم **قيل له** العلة في ذلك ان كل واحد
منهما ليس بذي رحم وقد ثبت انه مراعى في هذا الباب بالاتفاق فاذا صح ذلك تعلق الحكم بالاتفاق
لم يكن لاضافة وصف زايد اليه معنى وهو كونه محرم وكذلك من قال انها مقصورة على
التعصيب يحجه ما قدمناه من الاية والعبرة **مسالة** ولو ان رجلا معسرا كان له
ابن معسر واخ موسر فلا نفقة له على واحد منهما وهذا منصوص عليه في المنتقى ووجهه
ما بيناه في المسالة التي قبل هذه ان النفقة تلزم باجتماع امرين الرحم والارث فاذا سقط ذلك سقط
النفقة عن الاخ الموسر لانه لا يرث مع الابن وسقط عن الابن لكونه معسرا فلم يلزم واحدا
منهما نفقة **مسالة** قال وان كان له اخوان احدهما موسر والاخر معسر حكم بنفقته
على الاخ الموسر ولا احكم بالنصف على واحد منهما ما ذكرناه اولا وهو رواية الاحكام **ووجهه**
ان هذا المعسر له سبب وارث ذو ميراث وجب ان تكون له تمام قوته عليه دليله لو لم يكن له غير هذا
الاخ الموسر يكون كذلك ويوضح ان المراعى فيه ليس هو تحقيق الارث لانا نجوز ان يكون
الموسر يموت فيرثه المعسر او يموت قبل الاخ الاخر فينتقل كل الارث عنه او يموت ذلك
فينتقل كل الارث اليه وانما المراعى ان يكون من حال وارثا لو مات المعسر واذا ثبت ذلك لم يجز ان
يسقط عنه بعض النفقة لكون غيره في حكمه في معنى الارث **فان قيل** لو كان ذلك كذلك لوجب
ان يلزم تمام النفقة وان كان الاخ الاخر موسرا **قيل له** هذا لا يلزم لان الاخ الاخر اذا كان موسرا
فليس احدهما بالايجاب اولى من الاخر فوجب ان يتساويا فيه على انا قد علمنا ان الميراث شرط في لزوم النفقة
كما لو لم يكن الارث فكما انه لو زال كونه وارثا بان يصير محجوبا سقط عنه النفقة ولزم الوارث تمامها
وكذلك لو قدرناه غير نسيب وان كان موسرا لسقط عنه ولزم النسيب تمامها كذلك اذا
فقد اليسار ... يسقط عنه ويلزم تمامها الموسر اذ اليسار كالنسب والارث وهذا لانه
وايضا موضوع النفقة انما هو لدفع الضرر عن المنفق عليه فهو يحكم بتمام دفعه لم يكن

وفي رواية المنتقى يحكم بنصف النفقة على الاخ الموسر

ودفعنا عنه الضرر ... والزام الأخ الموسر تمام النفقة أذهب في الباب الذي عليه وضعت النفقة من المواساة ودفع الضرر فوجب أن يكون أولى. وجه قول من قال إن الأخوين لو كانا موسرين لزم كل واحد منهما نصف النفقة وكذلك إذا كان أحدهما معسرا والعلة أن نصيبه من الإرث إنما هو النصف ولأنه وجد النفقة مقسومة على حسب المواريث فوجب أن يكون الذي لا يرث أكثر من النصف لا يلزمه من النفقة أكثر من النصف وأيضا دفع الضرر لا يجب أن يراعى في كل وجه ألا ترى أن من له أخ موسر وابن معسر فلا نفقة له ولا يدفع عنه ضرر الإعسار لما لم يكن الوارث موسرا فكذلك إذا كان غير وارث لبعض الإرث لم يلزم أن يدفع عنه بعض الضرر **مسألة** قال وإذا كان للرجل ابنان أحدهما موسر والآخر معسر حكم بنفقته كلها على الابن الموسر في الروايتين جميعا أما وجهه على رواية الأحكام فهذا الذي مضى وهو القياس ويمكن أن يقوى به ما مضى من رواية الأحكام على رواية المنتخب وأما وجهه على رواية المنتخب فهو أنه سبب الأب وكذلك لأنه لا خلاف في أن نفقته تلزم كافرا كان أو مسلما ولبنيه كذلك حال البنوة وفي الإرث فوجب أن يكون استحقاقه أقوى ولبنيه ذلك الحكم بلزوم نفقته على الأحوال كلها ويؤكد ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم أنت ومالك لأبيك فمقتضى الظاهر أن يكون كل ما ملك ابنه الموسر له فوجب أن يحكم له منه بتمام نفقته

فصل

لم يراع يحيى بن الحسين صلوات الله عليه على ذوي الأنساب غير اليسار المتفق عليه فقط وراعى فيه أبو حنيفة إن كان صغيرا أو كان أنثى الفقر فقط مثل ما راعيناه وإن كان ذكرا كبيرا راعى فيه مع الفقر الزمانة **ووجه ما ذهبنا إليه** أنه ممن يستحق عليه الإنفاق للرحم والإعسار فوجب أن لا يراعى في إيجاب نفقته على ورثته الموسرين إلا الإعسار دليله الآباء وصغار الذكور وأيضا لا خلاف أن من يلزمه النفقة لورثته المعسرين إذا علم ما يراعى من حاله سواء كان ذكرا أو أنثى صغيرا أو كبيرا فوجب أن لا يختلف ما يراعى من حال من يلزمه النفقة له في ذلك والعلة أن كل واحد منهما يتعلق به حكم نفقة الإعسار **فإن قيل** الذكر إذا كان كبيرا أمكنه التكسب فلا وجه لإلزام نفقته غيره **قيل له** والأنثى أيضا إذا كانت كبيرة والذكر وإن كان صغيرا إذا كان خارجا عن حد الطفولية فإن كل واحد منهما يمكنه التكسب ولا خلاف أن النفقة تجب لهما وإن لم يكن لهما زمانة على أن الزمانة لو لم يكن في الآلة التي يحتاج إليها في التكسب أمكنه التكسب فيسقط هذا الاعتراض ويؤكد ما ذهبنا إليه أن الحقوق التي تخص القرابة كالزكوات والعشور والكفارات والنذور يستوي في استحقاقها الصغار والكبار والذكور والإناث فوجب أن يستووا فيما ذكرناه وأيضا النفقات موضوعة للمواساة والمعونة كتحمل العاقلة جناية من يعقلون عنه ثم وجدنا ما يعقل من الجنايات لا يفصل فيها أحوال هؤلاء بل يجب أن يستووا فوجب أن يكون ذلك شاهدا لما ذهبنا إليه في النفقات على أن عموم قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك يدل على صحة ما قلناه وهذا الباب

باب القول في نفقة الرضيع

إذا ولد المولود وجب على أمه أن ترضعه اللبأ وذلك يكون مقدار ثلاثة أيام

ويجب بعد ذلك على الأب أن يستأجر من يرضعه والأم أولى أن تستأجر لإرضاعه إن طلبته
ويحكم لها بذلك على الأب بعد ترافعه لها حتى ينفصل الولد ويكون ذلك إذا أتى عليه حولان وجميعه
منصوص عليه في الأحكام والمنتخب ووجهه (صح) ما قلناه من أن على الأم أن ترضع ولدها اللبأ لما
استقر في العادة أن غير اللبأ من الألبان لا يقوم مقام اللبأ في التغذية والتقوية وفي قطعه
عن الولد إضرار به وقد قال الله تعالى لا تضار والدة بولدها وربما تلف بعد تركه باليوم
الواحد إلى ثلاثة أيام لأن الصبي يستغني عنه في غالب العادة إذا ارتضع هذه المدة وقلنا يجب على
الأب أن يستأجر من يرضعه لأنه لا خلاف في ذلك ولأن الارتضاع لبنه هو موجب النكاح وقد
دل على ذلك قول الله تعالى فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن إلى قوله وإن تعاسرتم فسترضع (صح)
له أخرى وقلنا إن الأم أولى أن يستأجر إن طلبته لأنها على الولد أحنى وأدنى إلى دفع
المضارة عنه لأن الولد قد يعاف لبن غير أمه وقد نهى الله الوالد عن المضارة بالولد كما نهى
الوالدة بقوله ولا مولود له بولده ولقوله تعالى فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن فأمر بإيتائهن
الأجور مع إحسان الرضاع وروي عنه صلى الله عليه وآله وسلم لا توله والدة عن ولدها
ولأنه نهي عن التفريق بينهما في السبي وقلنا إن ذلك إلى غاية مدة الرضاع لأن حكم الإرضاع فيها
وجعلنا أمدها حولين لقوله سبحانه والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين
ونستوفي الكلام في هذا أتم من هذا في باب الرضاع بعون الله تعالى **مسألة**
قال فإن لم يكن له والد وكان له مال أنفق عليه من ماله وإن لم يكن له مال كانت نفقته على ورثته
من ورثته يحكم بها على قدر مواريثهم وهذا منصوص عليه في المنتخب قلنا إن لم يكن له والد وكان له
مال أنفق عليه من ماله لأنه لا خلاف فيه ولأن المرء أولى بماله ولأن إضاعته غير جائزة ولا يلزم ورثته
الإنفاق عليه لليسارة فلم يبق إلا أن ينفق عليه من ماله وقلنا إنه إن لم يكن له مال كانت نفقته
على ورثته لما بيناه قبل هذا في النفقة على ذوي الأنساب فلا وجه لإعادته **مسألة** قال وإذا
كان للرجل ولد وجبت عليه له النفقة حتى يبلغ سواء كان للولد مال أو لم يكن له مال إذا كان موسرًا
فأما إذا كان معسرًا فله أن ينفق على نفسه وعلى ولده من ماله بالمعروف وجميعه منصوص عليه
في المنتخب **والدليل** على صحة ما ذهبنا إليه من أن الأب يلزمه الإنفاق على الولد الصغير كان
له مال أو لم يكن قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده فنهى سبحانه الأب عن
الإضرار بولده فاقتضى ظاهره منعه من إنفاق مال الولد على الولد لأن ذلك يكون إضرارًا من
حيث ينتقص ماله وإذا ثبت ذلك ثبت أنه يلزمه الإنفاق عليه من مال نفسه وذلك عام في
الأولاد أجمع على جميع الأحوال إلا حيث منع الدليل **فإن قيل** فإنه يلزمكم أن تقولوا إن ذلك
يلزم الوالدة والوارث فقد قال الله تعالى لا تضار والدة بولدها ثم قال وعلى الوارث مثل
ذلك **قيل له** هو مخصوص بدلالة الإجماع والاتفاق فلا معترض علينا به ويدل على ذلك أيضًا
قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ثم قال تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن

بالمعروف وهذا عام في الزوجات المطلقات والزوجات وفي الاولاد الذين لهم اموال والذين لا
اموال لهم فاذا ثبت ذلك لم يلزم والد الصبي لامه المطلقة بعد انقضاء عدتها الا على وجه الانفاق
على الولد واذا ثبت ذلك ثبت وجوبه على الوالد سوا كان الولد له مال او لا مال له يقوم الا به
فثبت صحة ما قلناه ويدل على ذلك ما روي عن ابي هريرة ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله
عليه وآله وسلم فقال معي دينار فقال انفقه على نفسك فقال معي اخر فقال انفقه على اهلك
ثم قال معي اخر قال انفقه على ولدك ثم قال معي اخر قال انفقه على عبدك ثم قال في الخامسة
انت اعلم فدل ذلك على وجوب الانفاق على الولد فقيرا كان او غنيا لانه صلى الله عليه وآله لم
يستثن من الاولاد من فقرهم **فان قيل** فانه صلى الله عليه وآله وسلم لم يستثن الكبير من
الصغير مع هذا لا توجبون عليه الانفاق على الكبير اذا كان واحدا **قيل له** الظاهر يقتضي
ذلك لكنا خصصنا بالدلالة وايضا هي نفقة تجب على المنفق في حال اعتباره ويساره فوجب الا
يسقطها مجرد يسار المنفق عليه دليله نفقة الزوجات **فان قيل** الابن لو كان معسرا
وكان للابن مال لم يلزمه نفقته فقد انتقض تعليله **قيل له** نحن ذكرنا ان مجرد اليسار لا يسقطها
وفيما سألتم عنه سقطت لانضمام يسار الولد الى اعسار الوالد وسقط ما ذكرتموه من النقض وايضا
الوالد يملك على ولده الصغير عامة تصرفه فوجب ان يلزمه نفقته وان كان واجدا لمثله الزوجة
يكشف ذلك ويوضحه انه لا خلاف في ان العبد لو تزوج حرة لم يلزمه نفقة ولده منها لما لم
يملك عليه تصرفه وكذلك الحر لو تزوج الامة واسرق ولده منها لم يلزمه نفقته حتى يملك عليه
تصرفه فوضح بذلك ان الحكم يتعلق بما ذكرناه وقلنا ان الوالد اذا كان معسرا وكان الولد موسرا
سقطت نفقته لانه لا خلاف فيه وقلنا ان للوالد ان ينفق على نفسه وعلى الولد بالمعروف
لما بيناه من ان نفقة الوالد اذا كان معسرا تلزم الابن الموسر وان كان صغيرا وقلنا
ان للاب ان ينفق على نفسه لانه ولي ابنه الصغير واشترطنا ان ينفق بالمعروف لانه الواجب
دون ما زاد عليه وليس للولي ان يأخذ من مال الصبي الا ما يجب دون ما زاد عليه لانه لا ولاية
لاحد على الصبي فيما يضره ۞

باب القول في الحضانة

ام الصبي اولى به الى ان يعقل ويطوف الادب ما لم تتزوج وهذا منصوص عليه
في المنتخب وذكر طائفة الادب في الاحكام وعبر عنه في المنتخب بان قال الى ان يعقل ويقوم بنفسه
وفسر ذلك ابو العباس الحسني في النصوص فقال هو ان يأكل ويشرب ويلبس بنفسه
وحكى نحوه عن ابي حنيفة ما ذكرناه من ان الام اولى بها ما لم تتزوج مما لا احفظ فيه خلافا **والاصل**
فيه قول الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن وقال فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن
الى قوله وان تعاسرتم فسترضع له اخرى فامر تعالى بايتائهن اجورهن ان ارضعن ولم
يجعل ولد عنهن الا عند التعاسر ثم ما روي فيه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم

رواه عمرو ابن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له
وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان ينتزعه مني فقال لها النبي صلى الله
عليه وآله وسلم انت احق به ما لم تنكحي فجعل الحضانة لها ما لم تنكح وهو نص فيما
ذكرناه ولان الام احنى عليه وارفق به ما لم تتزوج ولانها اذا تزوجت اشتغلت عنه
بزوجها فلو ابقيناها على الحضانة كنا ادخلنا على المولود الضرر ولا ولاية على الصغير
فيما يضره وقلنا ان ذلك لها الى ان يستقل الولد بنفسه لان الولد اذا بلغ ذلك المبلغ
استغنى عن الحضانة فوجب ان ينقطع عنه ولاية الحضانة ولانه لا خلاف في الذكر انه اذا
بلغ ذلك المبلغ انقطع عنه حق الام من الحضانة فكذلك الانثى والمعنى استقلال الولد بنفسه
وكذلك لا خلاف بيننا وبين ابي حنيفة ان حضانة الاخت والخالة تنقطع عن الذكر والانثى
اذا بلغ ذلك المبلغ فكذلك حضانة الام للعلة التي ذكرناها ولان الولد اذا بلغ ذلك المبلغ يكون
الاب اقدر على تاديبه وتثقيفه فوجب ان يكون اولى به مسألة قال فان تزوجت
فالاب اولى به منها ومن امها وكذلك لو طلقها الزوج الثاني فالاب اولى به من امها
وهذا مفرع عليه في باب حضانة العلام من المختصر اما ما ذهبنا اليه من ان حقها من الحضانة
يبطل اذا تزوجت فيما لا احفظ فيه خلافا والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم انت احق
به ما لم تنكحي فجعلها احق به بشرط ان لا تنكح فاذا زال الشرط زال المشروط وليس في ذلك
ضرر على المولود وقلنا ان الزوج الثاني ان طلقها لم يعد حقها من الحضانة خلافا لابي
حنيفة والشافعي لقوله صلى الله عليه وآله وسلم انت احق به ما لم تنكحي فجعلها احق به بشرط الا تنكح
ولم يشترط لها ان طلقها الزوج الثاني فوجب ان يجري ذلك على عموم الاحوال ويدل على ذلك ايضا
ما اجمعوا عليه ان تزوجها بغير ابيه يبطل حقها من الحضانة ما دامت زوجة له فكذلك اذا طلقها
والمعنى انها تزوجت بغير ابيه وايضا لو ابرأت زوجها من مهرها لم يعد وجوب المهر وكذلك
الحضانة اذا بطلت بالتزويج لم يعد والعلة انها ابطلت حقها بامر هو مباح فان قيل
فهذا ينتقض بابرائها زوجها من النفقة لان لها ان تطالب بها متى شاءت قيل له الابراء لا يصح
الا مما وجب من نفقتها ولم يرجع واما لها ان تطالب بها فيما بعد لان الابراء لم يتناوله فكذلك القسم
ان شاء لو ابيه كان الجواب ما ذكرناه فان قيل الناشزة تبطل نفقتها بالنشوز ثم اذا
عادت الى زوجها وجبت نفقتها قيل له هذا لا يعترض علينا لانا اشترطنا فيها انها ابطلت حقها
بمباح والنشوز محظور ويشهد لما ذكرناه سائر ما يبطل الحقوق كالعفو عن القصاص والدية
او ترك الشفعة او ابطال الخيار فيما للانسان فيه الخيار فان قيل انما اوجب التزوج قطع
حقها من الحضانة لانها اذا تزوجت اشتغلت عن الولد فاذا تزوجها طلقها زوجها زال ذلك المانع
فوجب ان يعود كما كانت قيل له لا نمنع ان الذي ذكرتم قد يوجب قطع حقها وان كان له موجب
اخر ان تزوجها بغير من خالها انها قليلة الاهتمام بامر ولدها غير مفكرة في اضاعته ولذا

واذا كان ذلك كذلك فطلاق الزوج الثاني لا يمنع ما انكشف من حالها فلذلك لا يجب ان يعود
حقها من الحضانة وايضاً لا خلاف ان فراق الزوج لا يوجب الحضانة لمن يكون معها من هو اولى
بالحضانة منها فكذلك الام واذا ثبت ما ساه ان حقها من الحضانة لا يعود بفراق زوجها لها
كان حكم امها لحرمة الصبي اذا لم يفصل الحديث المشتمل واذ هي كالغائبة مقامها فاذا لم يكن لها حق
لم يكن لمن يقوم مقامها مسألة قال واذا ماتت الام كانت الجدة ام الام اولى به فان لم
تكن جدة فالاب فان لم يكن فالخالة اخت الام فان لم يكن خالة كان الاولى به الاقرب فالاقرب من قبل
الاب والجدات من قبل الام اولى به جميعاً قال في المنتخب والخالة اولى بالصبي بعد الجدة من
الاب ثم الاب اولى به بعد الخالة من غيرها ما ذكرناه من ان الجدة اولى به من بعد الام منصوص
عليه في الاحكام والمنتخب وما ذكرناه من ان الاب اولى به من الخالة منصوص عليه في الاحكام
ومروي فيه عن القاسم عليه السلام وذكره ايضاً في المنتخب باب حضانة الغلام وقال في الاحكام ثم بعد
الخالة الاقرب وقاله ايضاً في المنتخب وزاد من قبل الاب وقلنا ان الجدات من قبل الام اولى به جميعاً
لانه نص في الاحكام والمنتخب ان الجدة ام الام اولى بعد الام وكل جدة منهن يجري عليها اسم الجدة
واسم الام نص على ذلك في كتاب النكاح من الاحكام عند ذكر تحريم الامهات ولما ذهبنا اليه من
ان الجدة اولى فيما لا خلاف فيه وما قلناه من ان الاب اولى بعد الجدات من الخالة فان الاب قد اولي
والولادة فهو احق من الخالة التي لا ولادة لها ولا ولاية ليس الا بنفاق فحاصل الجدة ام الام اولى من الخالة و
انما سوت بالام فالاب احرى ان يكون اولى به من الخالة ولان حقوق الآباء على الاولاد بعد الامهات اوسع ثم
عليهم اعظم فوجب ان يكونوا اولى ووجه ما ذكر في المنتخب من ان الخالة اولى من الاب ما روي ان
عليا وجعفراً عليهما السلام وزيد بن حارثة رضي الله عنه لما اختصموا في ابنة حمزة فقال علي
عليه السلام عندي ابنة النبي صلى الله عليه واله وسلم وهي احق بها وقال جعفر عليه السلام عندي
خالتها وهي احق بها فقضى النبي صلى الله عليه واله وسلم بان تكون مع جعفر عليه السلام لان خالتها عنده وهي احق
بها فلما جعلها النبي صلى الله عليه واله وسلم اماً وثبت ان الام اولى من الاب قلنا ان الخالة اولى
منه فاما اطلاقه في الاحكام ان الاولى بعد الخالة الاقرب فالاقرب فالمراد به اذا كن سواء
من قبل الآباء او من قبل الامهات فان الحضانة للاقرب فالاقرب من غير مراعاة بين ان يكون من قبل
الاب او من قبل الام واما قوله في المنتخب الاقرب فالاقرب من قبل الاب فان ابا العباس الحسني رضي الله
عنه حمله ان المراد به اذا انقطعت حضانة النساء بان لا يوجد واحدة منهن وصارت الى الرجال
فيكون الاولى بها العصبات وهو صحيح لانه اذا لم يبق من النساء احد فالعصبة اولى بالحضانة
من سائر رجال ذوي الارحام لما لهم من مزية الولاية ولان الولد منهم ومنسوب اليهم وهم الذين يعقلون
عنه قال ابو العباس الحسني رحمه الله تعالى هذا في الذكور فاما في الاناث فيراعى في العصبة ان يكون
محرماً كالاخ والعم فاما ابن العم فلا حق له في حضانة الجارية والخال وابو الام اولى منه والاخ من الام اولى
منهما على ما رايته في النصوص مسألة قال واذا اطاق الصبي الادب فالاب اولى به فان
لم يكن اب فالام ما لم تزوج احب الصبي ام كرهه فان تزوجت الام خير الصبي بين امه وعصبته

منصوص عليه في الاحكام والمنتخب قال الشافعي اذا بلغ الصبي هذا المبلغ خير بين امه وابيه وعندنا
ان الاب اولى من غير تخيير وبه قال ابو حنيفة في الولد الذكر ووجه ذلك ان حق الام من الحضانة
قد انقطع لما بيناه ويدل لنا نفي ايضا لا تخيير الحضانة لها الا مع صغر الولد فلو كان حقها باقيا
لم يخير الولد كما لم يخير قبل ذلك واذا ثبت انقطاع حقها كان الاب اولى به لان ولايته عليه باقية
حتى يبلغ فيستحق الولد لما له من مزية الولاية الا ترى ان حقها لما انقطع بالتزويج صار الوالد اولى
منها وان كان الولد طفلا فكذلك اذا استغنى بنفسه والعلة ان استحقاقها الحضانة على
الاطلاق زايل فان قيل فقد روي عن ابي هريرة انه قال جاءت امراة الى النبي صلى الله
عليه واله وسلم فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد يذهب بابني وقد سقاني من بئر ابي عنبة
وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم استهما عليه فقال زوجها من يحاقني
في ولدي فقال النبي صلى الله عليه واله وسلم هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ
بيد امه فانطلقت به فقد خيره رسول الله صلى الله عليه واله وسلم بين امه وابيه وهذا
خلاف مذهبكم قيل له يجوز ان يكون خيره لانه قد كان بلغ وملك امره ويدل على ذلك قول امه
انه قد سقاني من بئر ابي عنبة والاعلى ممن يرد الابار ويستقي ان يكون بالغا فان قيل لو كان قد
بلغ لم يكن للتخيير معنى قيل له ليس الامر كذلك فان اكثر التخيير يكون مع البلوغ وحين يملك
المخير امره الا ترى انا نخير الصغيرة اذا زوجها اخوها او عمها اذا بلغت وملكت امرها في اطلاق
ونسكن في الامة البالغة اذا اعتقت بعد العقد انها تخير فان قيل فقد روي عن عمارة بن ربيعة
قال قتل ابي في الفتنة فخاصم عمي امي الى علي عليه السلام ومعي اخ لي صغير فخيرني علي عليه السلام فاخترت
امي وقال لو بلغ هذا خيرته قيل له يجوز عندنا ان التخيير بين الام والعصبة على ما نذكره من بعد
هذا الفصل فلا يعترض علينا فيه لانه يحتمل ان يكون قد بلغ على انه قد ذكر في بعض الاخبار عن عمارة
انه قال كنت ابن سبع او ثمان فان صح ذلك حمل على ما نذكره من بعد وقلنا انه ان لم يكن له اب فالام
اولى به ما لم تتزوج حتى يبلغ لان حق الحضانة وان كان منقطعا فانها تكون اولى بامساكها للمزية
التي لها وهذا فضل حنوها وشفقتها عليه وليس كون الولد عندها ازرى به فيكون هو بالمزية لها
اولى بالولد من عصبته وقلنا انها ان تزوجت خير بينها وبين عصبته لان المزية التي كانت لها قد
زالت على ما تقدم بيانه لان تزوجها يدل على قلة فكرها فيه وضعف انسها به عليه ولانه لا يؤمن
له في ان يكون مع زوج امه فاذا ثبت زوال تلك المزية استوى حالها وحال العصبة فلم يكن احدهما
اولى به من صاحبه فوجب التخيير كما يخير بين الابوين اذا بلغ لاستواء حاليهما في حق الامساك
وعلى هذا يحمل تخيير امير المؤمنين عليه السلام عمارة بين امه وعمه ويجوز ان تكون امه كانت تزوجت
مسألة قال واذا كانت الحرة تحت العبد فولدها كانت الام اولى بالولد وان عقل واطاق
الادب ما دام الاب عبدا فان عتق صار اولى به من الام وهذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه
ما قد بيناه من ان الولد اذا استغنى بنفسه كان الاب اولى به من الام لما له من مزية الولاية

وانه اذا لم يكن له اب فالام اولى به وقد ثبت ان العقد لا حظ له في الولاية على وجه من الوجوه بل لا يملك امر نفسه فهو في هذا الباب بمنزلة الميت فلذلك قلنا ان الام اولى منه وقلنا انه اذا اعتق صار اولى بولدها من الام لانه اذا كان يستحق سبيل الاحرار في حضانته ولى الولاية يجب ان يكون اولى بالولاية من الام كسائر الاحرار **مسألة** قال واذا تزوجت امرأة لها ولد من غير ابيه لم يكن لها ان تمنعها من تربيته الا ان يقوم بها من يقوم مقامها في الحضانة وهذا منصوص عليه في المنتخب **ووجهه** ان خلاف ذلك يؤدي الى اتلاف الاولاد اذا لم يكن لهم من يكفلهم وذلك واجب على الام وقد قال الله تعالى لا تضار والدة بولدها **قال يحيى بن الحسين عليه السلام وروي ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم** لما تزوج بام سلمة قام من يكفل ولدها برضا منها فلذلك قلنا ان لزوجها ان يكفل برضا منها **مسألة** ولا يجوز استرضاع الكافرة الا عند الضرورة وهذا منصوص عليه في الاحكام وهو قول الناصر عليه **ووجهه** انه قد ثبت ان الكفار انجاس فلذلك يكون لبن الكافرة نجسا والنجس محرم علينا ولا خلاف انه يلزمنا ان نجنب اولادنا ما يحرم علينا كشرب الخمر واكل الميتة ولحم الخنزير الا عند الضرورة فلذلك منعنا استرضاع الكافرة الا عند الضرورة

باب القول في الرضاع يحرم من الرضاع ما قل او كثر

اذا رضع الصبي في الحولين وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب وهو قول زيد بن علي والقاسم والناصر عليهم السلام وبه قال ابو حنيفة واصحابه ومالك قال الشافعي لا يحرم اقل من خمس رضعات ويحكى عن قوم ثلث رضعات **والاصل** لما ذهبنا اليه قول الله تعالى في آية التحريم وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة فعلق سبحانه التحريم بالارضاع والرضاعة فكلما انطلق عليه اسم الرضاعة او الارضاع فيجب ان يكون محرما بحكم الآية وقد علمنا ان الاسم يقع على القليل والكثير ويدل ايضا على ان الاسم ينطلق على الرضعة الواحدة ما روي عن ابن الزبير قال لا تحرم الرضعة والرضعتان واجرى الاسم وان كان بعدها انه لا تحرم وهو من اهل اللسان وكذلك ما روي عن ابن عمر لما بلغه ذلك قضاء الله اولى من قضائه قال الله وامهاتكم اللاتي ارضعنكم فبين ان المفهوم من قوله ارضعنكم ما حصل من قليله او كثيره **فان قيل** فان الله تعالى قال وامهاتكم اللاتي ارضعنكم ولم يقل اللاتي ارضعنكم امهاتكم فيجب ان تثبت الامومة اولا ثم يكون للارضاع حكم وهذا لا يثبت من طريق اللغة فيجب ان يرجع فيه الى الشرع فيبطل تعلقكم بظاهر الآية **قيل له** اذا ثبت ان الامومة تحصل بنفس الرضاع صح تعلق الحكم عليه فلا فصل بين ذكر الامهات على ذكر الارضاع او ذكر الارضاع على ذكر الامهات فاذا ثبت ذلك بان ان تعلقنا بالآية صحيح ويدل على ذلك ايضا ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد مضى ذكره في كتاب النكاح فعلق الحكم على الجنس فوجب ان يدخل فيه القليل كالكثير وهذا في حديث زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال اما علمت ان الله حرم من الرضاعة ما حرم من النسب وروي عن امير المؤمنين علي عليه السلام انه قال الرضعة الواحدة كالمائة الرضعة وروي عن زيد بن علي

عن ابيه

عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام انه قال ما كان من رضاع في الحولين حرم وهذا يقتضي القليل والكثير
فان قيل فقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان وروي لا تحرم
المصة ولا المصتان وروي لا الاملاجة ولا الاملاجتان قيل له هذه الاخبار يخرجها الشافعي من وجه
وذلك ان مذهبه القول بدليل الخطاب ودليل الخطاب في هذه الاخبار ان الثلاث تحرم ولا خلاف
بيننا وبينه ان الثلاث كالاثنين لا توجب التحريم ما قل من خمس رضعات وايضا قوله المصة والمصتان
ليسا لموضع الخلاف لانا لا نعلق بان المصة لا تحرم وانما التحريم هو حصول اللبن في جوف الرضيع
ويحمل على هذا ان يكون صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن المصة والمصتين اذا لم يعلم حصول اللبن في الجوف
عندهما فقال لا تحرم المصة والمصتان ويحتمل ان يكون من سمع ذلك رواه بلفظ الرضعة اعتقادا ان معناهما
واحد ولم يعلم انه خرج على السبب ونص عليه وايضا روي عن ابن عباس انه سئل عما روي من قوله
صلى الله عليه وآله وسلم لا تحرم الرضعة والرضعتان فقال قد كان ذلك ثم نسخ فاخبر انه منسوخ ودل
ذلك على انه عرف التاريخ فيه والنسخ فان قيل روي عن عائشة انها قالت كان مما انزل من القرآن
عشر رضعات يحرمن فنسخ بخمس معلومات يحرمن فتوفي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهن مما
يقرأ من القرآن وكانت في صحيفة تحت السرير فلما اشتغلنا بموت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم دخلت
داجن فاكلته قيل له هذا الخبر لا يصح التعلق به لوجوه منها ان ظاهره يقتضي فساده وذلك انه
لو كان مما يقرأ من القرآن لم يجز ان يكون طريقه خبر الواحد ولا يجوز ايضا ان يضيع شيء منه لان الله تعالى
قال انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون ومنها انها اخبرت ان العشر نسخت بخمس
وهذا لا يمتنع منه لانا نقول ان الخمس لو ثبت لكانت منسوخة لقول ابن عباس فلم يجب ان يعمل
بقول عائشة ان العشر نسخت بخمس لوجب ان يعمل بقول ابن عباس في نسخ ما روي من الرضعة والرضعتان
لا تحرم ويؤيد ذلك ما رواه ابو العباس الحسني في النصوص باسناده عن الليث عن مجاهد عن علي عليه
السلام قال يحرم قليل الرضاع ما يحرم كثيره ويؤكد ذلك ما روي ان عقبة بن الحارث قال يا رسول الله
اني تزوجت امرأة ودخلت بها فاتت امرأة سوداء فزعمت انها ارضعتني وامرأتي واني اخاف ان تكون كاذبة
فقال النبي فكيف به وقد قيل فقال فهذا الرجل فدل ذلك على ان الحكم يتعلق بما سمي رضاعا لانه صلى الله عليه
وآله وسلم لم يقل سلها عن عدد الرضعات ويؤكد ذلك ما روي من قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم
انما الرضاعة من المجاعة وقوله صلى الله عليه وآله وسلم انما الرضاع ما انبت اللحم وانشز العظم والقليل
يأخذ بقسطه من سد الجوعة وانبات اللحم وانشاز العظم ومما يدل على ذلك ان الرضاع سبب يوجب التحريم
المؤبد بنفسه فوجب ان لا يكون التكرير شرطا فيه دليله الجماع في تحريم الربائب والعقد في تحريم امهات النساء
وحلائل الآباء والابناء وليس يلزم عليه التحريم الواقع بالطلاق الثالث لانه غير متأبد ولا يلزم عليه تحريم
اللعان وانه يتعلق بتكرير اللعان لان يحيى عليه السلام فيه روايتين احدى الروايتين ان ذلك التحريم
فيه غير مؤبد بتكرار انتفاعه باكذاب الزوج نفسه والرواية الثانية انه مؤبد وعلى هذه الرواية ايضا
لا يلزم لان تحريم اللعان عنده لا يقع بمعنى اللعان رواية واحدة وانما يقع بتفريق الحاكم ونحن نقول
انه حاظر وفيه احتياطا واشترطنا ان يكون ذلك في الحولين لما سنذكره في المسألة التي تليها مسألة

قال فان ارضع بغذاء اكمال الحولين لم يحرم وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب وهو قول القسم الناصر
عليهما السلام والاظهر من قول عامة اهل البيت عليهم السلام وبه قال ابو يوسف ومحمد والشافعي
وقال ابو حنيفة مدة ذلك ثلثون شهرا وحكى ابو الحسن الكرخي عن زفر انه ما استغنى به عن الغذاء
بغيره فان كانت ثلث سنين · **والدليل** على ما ذهبنا اليه قول الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن
حولين كاملين فجعل تعالى الرضاع حولين تمام الرضاع والمراد به انه تمام شرعا اذ لا وجه له يحمل
عليه غير ما ذكرته ذكرناه ولانه لا يصح ان يقال انه تمام في التحديد لانه لا فصل في ذلك من تحديده للحولين
وبين الاقل منها والاكثر وكذلك لا يصح ان يقال انه تمام من طريق العادة لان عادات الناس
في الارضاع مختلفة فمن الناس من يرضع اقل من حولين ومنهم من يرضع اكثر من ذلك فلم يبق الا ما ذكرنا
على ان الاولى بخطاب الله تعالى وخطاب رسوله ان يحمل على ما يفيده الشرع دون ما لا يتعلق بالشرع به
فكان حمله على ما ذكرناه اولى فاذا ثبت بما بيناه ان الرضاع الذي يتعلق به الحكم الشرعي وان تمام الشيء
يكون بوقوع اخر جزء من اجزائه فاذا وقع اخر جزء من اجزائه فلا حكم لما بعده **وفي الاية وجه**
اخر من الدلالة وهو انه تعالى لما قال لمن اراد ان يتم الرضاعة دل ذلك على ان الرضاع يتم من جميع
الوجوه الا ما خصه الدليل وحينئذ يكون قد تم من حيث يتعلق به **فان قيل** ما انكرتم على من قال لكم
ان اسم التمام قد يطلق على الشيء وان لم يكمل اذا قارب التمام كما روي عنه صلى الله عليه واله وسلم
انه قال من ادرك عرفة فقد تم حجه وكما روي من رفع راسه من السجدة الاخيرة فقد تمت صلوته
كل ذلك المراد به مقاربة التمام **قيل له** هذا لا يصح في الموضع الذي اختلفنا فيه لوجهين احدهما ان ذلك
وان استعمل على سبيل التوسع والمجاز فانما يستعمل اذا كان الباقي يسيرا فاما اذا بقيت ستة اشهر فذلك لا
يستعمل فيه **والوجه** الثاني انه وان استعمل فيه على سبيل الاتساع والمجاز لا يصرف الاية عن الحقيقة
الى التوسع الا بالدلالة **فان قيل** ما انكرتم على من قال لكم ان قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وقوله
صلى الله عليه واله وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب يقتضي تحريم الرضاع سواء كان في الحولين او
بعدهما لحصول الاسم **قيل له** هذه لا يصح لكم التعلق بها على اصولكم لانكم تجعلون ما يجري مجراها
من الايات مجملا وهكذا قلتم في قوله تعالى السارق والسارقة والزانية والزاني وقلتم لما ثبت ان
الحكم يتعلق بالزنا والسرقة على شروط لا تعرف من الظاهر يجوز ان لا يكون الموضع كذا وان
يكون التي ارضعته ارضعته من لبن نفسها فكذلك لا يعقل من الظاهر فاذا ثبت ذلك بان انه
لا يصح لكم التعلق بما تعلقتم به فان امتنع منهم من هذا الاصل ممتنع وقال انه يصح التعلق به
قيل له هو مخصوص بما بيناه ونبينه من بعد **فان قيل** هلا اسم باعتراضكم بالاية التي عمدتموها على
الاية التي تعلقنا بها اولى منا اذا اعترضناكم بالاية التي اعتمدناها على الاية التي اعتمدتموها
قيل له لا سوى وذلك ان الاية التي اعتمدناها اخص بموضع الخلاف وفيها بيان مقدار المدة
التي تعتبر وغيرها وليس كذلك الاية التي اعتمدتموها فصار استدلالنا بها اولى ومما يدل على
ذلك قوله صلى الله عليه واله وسلم لا رضاع بعد فطام ولا رضاع بعد فصال وقد بينا

ان

ان الرضاع الذي يتعلق به الحكم الشرعي يمضي بانقضاء الحولين ويجوز ان يكون بعد الفطام
فاذا ثبت ذلك ثبت انه لا رضاع بعده لقوله لا رضاع بعد فطام فان قيل لو كان التحريم ينقضي
بانقضاء الحولين لم يكن لقوله تعالى فان ارادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما
معنى قيل له لسنا نقول ان كل رضاع يمضي بانقضاء الحولين ولا يمضي قبل انقضائهما
وانما نقول ذلك في الرضاع الذي يتعلق به التحريم فسقط هذا السؤال وروى زيد بن علي عن جده
عن علي عليهم السلام في قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين قال الرضاع سنتان
فما كان من رضاع في الحولين حرم وما كان بعد الحولين فلا يحرم وايضا فلا خلاف بيننا وبين جميعهم
ان الرضاع الواقع في اخر السنة الثالثة لا يحرم فكذلك الواقع في اولها دليله الرابعة وما بعدها
يكشف صحة اعتبارنا السنة الاولى والثانية لان التحريم لو كان متعلقا بالرضاع الواقع في اولها لتعلق
بالرضاع الواقع في اخرها لاستواء حال اولها واخرها وفي هذا الباب على انه لا دليل الا ما ذكرناه
يقتضي الفصل بين الرضاع الذي يحرم فيه الرضاع والزمان الذي لا يحرم فيه الرضاع ووجب ان يكون
الرجوع اليه لان الذي يذهبون اليه من التقدير لا دليل عليه وهم ايضا لا ينكرون ان ذلك لا دليل
عليه حتى قال ابو بكر الجصاص انه اجتهاد وانه لا يعلم انه يكون عن دليل ويقوي ذلك قوله تعالى ووصينا
الانسان بوالديه الى قوله وفصاله في عامين مع قوله لا رضاع بعد فصال وكل ما ذكرناه من الاخبار
يحج زفر وكذلك يحج عايشة ومن تابعها على قولها بجواز رضاع الكبير بما روي عن النبي صلى الله
عليه واله وسلم انه قال لسهلة بنت سهيل بن عمرو زوجة ابي حذيفة بن عتبة ارضعي سالما
خمس رضعات فقد قيل انه خاص لها وانعقاد الاجماع بعدها يفسد قولها ويسقطه واستدل يحيى
عليه السلام بما اخبرنا ابو عبد الله النقاش حدثنا الناصر للحق عليه السلام عن محمد بن منصور حدثنا
احمد بن عيسى عن حسين عن ابي خالد عن زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم ان رجلا اتى عليا
عليه السلام فقال ان لي زوجة واني اصبت خادمة فاسقيها لبنها فقال [illegible] من بدنها
تقول ذلك فقال علي عليه السلام خذ بأي رجليها شئت لا رضاع الا ما انبت اللحم وشد العظم ولا
رضاع بعد فصال **مسألة** قال ويحرم الرضاع على الفحل كما يحرم على المرأة ويحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب سوى وهذا المنصوص عليه في الاحكام وهو قول زيد بن علي والناصر للحق عليهم السلام وعامة
الفقهاء ويحكى عن [illegible] الظاهر انه لا يحرم عليه وحكى ابو بكر الجصاص انه قول ابن علية وغيره من المتكلمين
ووجه ذلك ما روي عن عايشة ان افلح اخا ابي القعيس استاذن عليها فحجبته فعرفت رسول الله صلى الله
عليه واله وسلم ذلك فقال ائذني له وفي بعض الاخبار لا تحتجبي منه فانه يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب وقد مضى اسناده في كتاب النكاح وزوجة ابي القعيس هي التي كانت ارضعت عايشة
فدل ذلك على انها حرمت على ابي القعيس لكونها محرمة على اخيه افلح فثبت صحة ما ذهبنا اليه ويدل
على ذلك مجرد قوله صلى الله عليه واله وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فكما ان ابنة الرجل نسبا تحرم
عليه كذا تحرم عليه بنته من الرضاعة ويدل على ذلك ان الولادة لما كانت سببا يوجب انتشار الحرمة

اشتركا الوالدان في حرمته فوجب ان يشتركا في حرمة الرضاع لانه سبب يوجب انتشار الحرمة وكذلك
الوطء الموجب للحرمة مشترك في حرمته الرجل والمرأة فوجب ان يكون الرضاع كذلك **فان قيل**
اللبن للمرأة دون الرجل بدلالة انها تأخذ بدل الرضاع عنه الولد **قيل له** لا معتبر بما ذكرت وذلك ان لبن
الامة يكون لسيدها وله التصرف فيه وان كان لا يوجب الحرمة اذا لم يكن سيدها وانما المعتبر ان يكون
سبب نزوله من الرجل الذي يثبت لوطئه حكم وما قلناه من تحريم الرضاع كتحريم النسب هو جملة تفصيلها
قد تقدمها وتأخر عنها فلا وجه لافراده بالقول وهذه الجملة هي التي نص عليها النبي صلى الله عليه
وآله وسلم بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **مسألة** قال ولو ان امرأة ارضعت صبيا
وصبية في زمن متقارب او متباعد سواء كان اللبن لولد او لولدين حرم التناكح بينهما وكانا اخوين وكذلك
لا يجوز لهما ان يتزوجا ولد هذه المرضعة ولا ولد زوجها الذي ارضعت بلبنه وهذا جميعه منصوص عليه في الا[حكام]
والمنتخب مواضع مختلفة **ووجه** قولنا ان تباعد وقت الرضاع كتقاربه في ايجاب الحرمة ان الله تعالى قال
واخواتكم من الرضاعة وقال صلى الله عليه وآله وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وليس في الاية ولا
في الخبر اشتراط تقارب مدة الرضاعين فثبت استواء حكم التقارب والتباعد وكذلك ما روي ان رجلا
جاء الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال ان امرأة سوداء ذكرت انها ارضعتني وزوجتي ولم يسأل النبي صلى الله
عليه وآله وسلم ايهما سألهن وقت ارضاعهما فدل على ان الرضاع اذا اشبه الولادة في باب التحريم وقد علمنا
ان تباعد زمان الولادة كتقاربه وجب ان يكون الرضاع كذلك اذ المعتبر هو الاشتراك في النسب الموجب
للتحريم دون اعتبار ما بين الوقتين من المدة على انه لا اشتباه انها اذا ارضعتهما معا كانا اخوين فكذلك اذا
ارضعتهما في وقتين متباعدين لانهما قد اشتركا في لبن امرأة وقلنا انهما لا يتزوجان ولد هذه المرضعة لانهما
من اخوة الرضاع وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم في ابنة حمزة انها ابنة اخي من الرضاعة وقلنا لا يتزوجان
ولد زوجها الذي ارضعتهما بلبنه لما بينا من تحريم لبن الفحل فلا وجه لاعادته **مسألة** قال فان كان
لهذا المرضع اخ او اخت لم ترضعهما معه جاز لهما ان يتزوجا ولد هذه المرضعة وهذا منصوص عليه
في المنتخب **ووجه** ما قلناه انهما اجنبيان ولا اشتراك بينهما في الرضاع فلا تحرم بينهما وذلك ان اقوى
حال الرضاع ان يكون كحال النسب في التحريم وقد علمنا ان رجلا لو كانت له اخت من ابيه واخ من امه جاز له
ان يزوج اخته من ابيه اخاه من امه اذ لا اشتراك بينهما في الولادة وان كان كل واحد منهما مشاركا لمن شارك
صاحبه فوجب ان يكون ذلك حكم الرضاع وان لا يكون بين اللذين ذكرناهما تحريم كما انه لا تحريم بينهما لو كان
بدل الرضاع ولادة **مسألة** قال ولو ان امرأة سعطت لصبي لبنها بالمسعط كان ذلك والارضاع
سواء في التحريم وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب قال ابو العباس الحسني وكذلك المسعوط
محرما وذلك ان علم انه جرى في الحلق ووصل الجوف منه شيء **ووجهه** ان الاعتبار بوصول اللبن
الى الجوف للصبي على وجه يغذي دون ما سواه فكل لبن جرى في الحلق ووصل الى المعدة حصل له حكم التحريم
يبين ذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم انما الرضاعة من المجاعة وقوله الرضاع ما انبت اللحم وانشز العظم
ولا فصل في ذلك بين ان يرتضعه من الثدي او يسقى بالمسعط **فصل حكى ابو العباس**

الحسني

بلغ

الحسني رحمه الله تعالى عن الفتح رضي الله عنه انه قال في لبن الميتة انه يحرم وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي
انه لا يحرم ووجه ما ذهبنا اليه ان التحريم يتعلق بحصول اللبن في جوفه ولا فرق بين ان يكون لبن الحية
او الميتة **ويمكن تحرير القياس فيه** بان يقال هو لبن آدمية فوجب ان يتعلق به التحريم
دليله لبن الحية على انه لا خلاف انه لو اخذ في قارورة وهي حية ثم سقي الصبي بعد موتها ان التحريم يقع به
فكذلك لبن الميتة اذا اخذ منها وقد ماتت لان الحكم به يتعلق **فان قيل له** وطء الميتة والعقد عليها اذا لم يوجبا
التحريم فكذلك لبن الميتة **قيل له** قد ثبت ان الحكم يتعلق بحصول اللبن في جوف الصبي واللبن لا يلحقه
حكم الموت لانه لا حياة فيه بدلالة انه لو حلب من الحية او الميتة وليس كذلك حال الوطء والعقد لانهما
اللذين يتعلقان بها اذا ماتت تغير حكمهما على انه لا فرق بين ان يخرج اللبن من الحية او الميتة في الجميع لما كان
حكم المنفصل عنها وكذلك اللبن **فان قيل** فقد قال الله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم فنسب
الارضاع اليهن وعلق الحكم به والميتة ليس منها ارضاع **قيل له** انه لو اخذ من الحية وانبه او المغمى عليها وسقي الصبي
يقع التحريم وكذلك لو اخذ منها وهي حية ثم سقي الصبي بعد موتها فبان ان الحكم يتعلق بحصول اللبن في جوفه
دون ان يكون من صاحبة اللبن الارضاع على انه لا اصل في التحريم بين الام التي يكون منها الارضاع وبين التي لا
ارضاع منها فبان ان الحكم متعلق بما ذكرنا دون ان يكون للمرضعة فعل الارضاع **مسألة** قال واذا
ارضعت المراة زوجها في الحولين صارت امه من الرضاعة وانفسخ النكاح بينهما ولم يحل للرجل الذي ارضعته بلبنه
ان يتزوجها بعد ذلك نص عليه في المنتخب وقال في الاحكام له ان يتزوجها ولا صداق لها على الصبي لان الفسخ
كان من قبلها ما ذكرناه من انفساخ النكاح اذا ارضعت زوجها في الحولين بين زوجها فلا خلاف فيه ولا
اشكال لتنصيص الله تعالى على تحريم الامهات اللاتي ارضعن لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وهذه قد صارت امه
من الرضاعة فوجب ان يبطل النكاح الذي كان بينهما **ووجه** ما ذكره في المنتخب من انها لا تحل لزوجها الذي ارضع
بلبنه هو ان المرضع صار ولدا على ما بيناه من لبن الفحل وقد قال الله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من
اصلابكم وقال صلى الله عليه وآله وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فاذا ثبت ذلك حرمت المراة لانها صارت
حليلة ابنه ولا خلاف في ان المرضع لو تزوج بعد الرضاع امراة انها تحرم على الذي ارضع بلبنه فكذلك التي
ذكرناها والعلة انها امراة ملكها ابنه من الرضاعة بعقد النكاح **ووجه** رواية الاحكام ان كونه
ابنا له من الرضاعة صادف فسخ النكاح بينه وبين المراة فلم يحصل للمرضع مالكا لعقد نكاحها مع ابن
من ارضع بلبنه فلم تكن المراة على هذا قط من حليلة ابن المرضع لما صار ابنه وخرجت المراة عن ان يكون له حليلة
فلم يحل ان تثبت وله الاية وايضا فانها ما صارت حليلة الاجنبي وقياس عليها بمعنى ان من له بنوة لم يملك عقده نكاحها
يحق في حال ما صار ابنا له فاشبهت حليلة الاجنبي في انه يجوز له نكاحها وما ذكرناه من انه لا صداق لها لان الفسخ
كان من قبلها وهو صحيح على الروايتين وهو مما لا احفظ فيه خلافا لانه قد ثبت ان كل فسخ يكون من قبل
المراة لا يوجب شيئا من المهر للتي لم يدخل بها كما نقوله في المرتدة ونحوها **مسألة** قال فان ارضعت
زوجها بعد الحولين او سقته لبنها طالبة لفرقته لم يحرم عليه وجاز للزوج ان يردها وهذا على اصله
في الرضاع اذا وقع بعد الحولين لم يكن له حكم وقد مضى الكلام فيه مستقصى فلا وجه لاعادته فاذا ثبت ذلك
ثبت صحة ما ذكرناه من انها لو ارضعت زوجها بعد الحولين لم يحرم عليه وقلنا لزوجها ان يردها

لما ذكره يحيى بن الحسين صلوات الله عليه والحديث عن علي عليه السلام ان رجلا سأله فقال ان لي امراة ذكرت انها ارضعت جارية لي فقال عليه السلام ابنة جاريتك فلا رضاع بعد فصال وائت زوجتك عقوبة ما صنعت في بعض الاخبار احسن ادب زوجتك لانها قصدت ما ليس لها من الاضرار بزوجها **مسألة** قال ولو ان امراة قالت ارضعت رجلا وزوجته استحب له ان يفارقها احتياطا فان اقامت بذلك بينة بطل النكاح بينهما ونص في الاحكام على هذه المسألة وذكر فيها ان الاحتياط فيها ما قلناه لكنه لم يصرح ان النكاح لا يبطل الا بتمام البينة بالارضاع الا ان تنصيصه في الاحكام لم يصرح وفي غير هذا الموضع على ان شهادة المراة المرضعة الواحدة تقبل فيما لا يطلع الرجال عليه كما يصرح بما ذكرناه وعلى هذا حصل المذهب ابو العباس الحسني رضي الله عنه **ووجه** الاحتياط فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه واله وسلم ان عقبة بن عامر حين ذكر له ان امراة سوداء ذكرت انها ارضعته وزوجته وقال اخشى ان تكون ذلك كذبا منها فقال له كيف وقد قيل فيه يقول له صلى الله عليه واله وسلم الا وان يفارقها عندا عن اضل السهو فاما ما يدل على ان النكاح يبطل بتمام البينة فهو ما ثبت في ان ما يطلع عليه الرجال من حقوق والاموال والنكاح انه لا يقبل فيه الا شهادة رجلين او رجل وامراتين وان شهادة النسا وحدهن لا تقبل الا فيما لا يطلع عليه الرجال فاذا ثبت ذلك وكان الرضاع مما يطلع عليه الرجال والنسا ثبت انه لا يثبت الا بما ثبت به سائر ما ذكرناه وصح ما قلناه

تم الكتاب بحمد الله يا ربنا فهو مراد انا نجد الموت يحيينا
يا رب فاغفر لعبد كان كاتبه يا قاري الخط قل بالله امينا
امين امين لا ارضى بواحدة حتى يضاف اليها الف امينا

تم كتابة هذا السفر المبارك شهر ربيع الاخر سنة ١٠٦٥هـ خمسة وستين والف

تم هذا الجزء المبارك من شرح التجريد بحمد الله ومنه وتوفيقه وكان تمامه نهار الاحد في العشر الاولى من شهر ربيع الاخر سنة خمسة وستين والف
والحمد لله رب العالمين ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم

[illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد واله وسلم
... الله وله الحمد على ... هذا السفر المبارك ... الله تعالى الله
... العلي رابع وعشرين من شهر ربيع الاخر احد شهور سنة خمس وستين والف
... الله علينا بالكتب ... والعمل حسن ... واجابة
الى ... ان ... سيدنا محمد صلى الله عليه واله وسلم
... العبد ... علي بن صلاح بن علي بن محمد عبد الله ...
... و... والعدلي ... الزيدي ...
... العلي العظيم وصلى الله على سيدنا محمد واله وسلم

انتهى الجزء الثالث من كتاب شرح التجريد يليه الجزء الرابع أوله كتاب البيوع

كتاب

شرح التجريد في فقه الزيدية

كتاب

شرح التجريد في فقه الزيدية

وهو شرح لفتاوى الإمامين الهمامين
القاسم بن إبراهيم الرسي والهادي يحيى بن الحسين
عليهما السلام

تأليف

الإمام الأعظم المؤيد بالله أبو الحسن السيد أحمد
ابن السيد الحسين بن هارون بن الحسين بن محمد بن هارون
ابن محمد بن القاسم بن الحسن بن زيد بن الحسن
ابن الإمام علي بن أبي طالب عليهم السلام

ولد سنة ٣٣٣ هجرية وتوفي يوم عرفات سنة ٤١١هـ
وفيه يقول القائل

عرج على قبر بصعده	وابك مرموساً بلنجا
واعلم بأن المقتدي بهما	سيبلغ ما ترجا

قام بطبعه
الفقير إلى رحمة الله الغني
السيد يوسف بن السيد محمد المؤيد الحسيني

توزيع
السيد حسين بن السيد محمد الحسيني السياني
صنعاء - جامع النهرين

الجزء الرابع



بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الحمد لله الذي أحل البيع والشراء لما رفق بهما جميع الورى وحرم الغصب والربوا وصلى الله على النبي محمد المصطفى وآله الأئمة الهدى

كتاب البيوع

باب القول فيما يصح او يفسد من البيوع

من اشترى شيئا ثم باعه قبل القبض كان البيع فاسدا ولو كان المبيع عبدا فاعتق كان العتق مردودا وهذا منصوص عليه في الاحكام وبه قال ابو يوسف ومحمد والشافعي اعني فساد ما لم يقبض في جميع ما يملك بالبيع وقال ابو حنيفة بذلك الا في العقارات والارضين قال ابو الحسن الكرخي قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة وحكي عن مالك اجازة ذلك الا في الطعام والاصل فيما ذهبنا اليه ما اخبرنا به ابو بكر المقري ثنا الطحاوي ثنا محمد بن عبد الله بن ميمون ثنا الوليد بن مسلم عن الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير ثني يعلى بن حكيم بن حزام ان اباه سأل النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال اني اشتري بيوعا فما يحل لي منها قال اذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه وفي حديث

سيد يحيى بن علي



زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن
بيع ما لم يضمن وعن بيع ما لم يقبض فكان ذلك عاما
في جميع ما يباع طعاما كان او غيره ياتي فيه النقل
او لم يات **فان قيل** فقد قال الله تعالى
واحل الله البيع وحرم الربا فهو عام في جميع البيوع
الا ما قام دليله **قيل** له نخص الآية بالخبر
ونبنيها عليه لانه اخص ولانه يتناول موضع
الخلاف على التعيين فهو اولى **فان قيل**
خبركم يتناول ما يصح فيه القبض الحقيقي والدور
والعقار لا يصح فيها القبض الحقيقي لان القبض
الحقيقي لا يكون الا بالنقل والتحويل وذلك لا يتاتى
في الدور والعقار **قيل** له هذا الذي
ذكرتموه فاسد لان القبض لا يقتضي النقل والتحويل
الا ترى ان من اشترى ثوبا بين يديه فخلى البائع
بينه وبينه بحيث يمكنه الانتفاع به يكون
قد قبضه وان لم ينقله على انه لا خلاف بيننا وبين
ابي حنيفة ان الرهن لا يصح الا ان يكون مقبوضا
ورهن الدور والعقار صحيح فلولا ان القبض يتاتى

فيما كان رهنا لا يصح وكذلك عنده ان الهبة لا تصح الا بالقبض وهبة ما لا
ينقل عنده صحيحة فلولا ان القبض فيه قد حصل لم تكن تصح هبته وكذلك من
من اشترى ارضا او دارا فلا خلاف ان المطالبة بتسليمها واجبة ما لم يقبضها فكل ذلك
يدل على فساد قولهم ان القبض الحقيقي فيه لا يصح **فان قيل** اردنا بالقبض
ما تقتضيه اللغة دون ما اشتم اليه **قيل** له لا معتبر في مثل ذلك بما
يقتضيه اصل اللغة لان العرف الحاصل اقوى منه والاولى ان يحمل عليه
خطاب الله تعالى وخطاب رسوله صلى الله وسلم عليه وعلى آله دون اصل اللغة
كما تقول ذلك في الاسماء المنقولة على ان القبض الذي هو قبض في اصل اللغة
هو ان يحيط الاصابع والراحة بالشيء وذلك لا يتاتى في اكثر الاشياء فبان
بذلك كله صحة ما ذهبنا اليه وان الواجب في الخبر ان يحمل على ما يقتضي العرف
انه قبض ويدل على ذلك ما اجمعنا عليه من ان بيع الطعام قبل القبض
لا يجوز وكذلك لا خلاف بيننا وبينه في سائر الاشياء التي يصح فيها النقل
والتحويل ان بيعه قبل القبض لا يجوز وكذلك ما اختلفنا فيه لانه سلعة لم
يقبضها المشتري فوجب ان لا يجوز وكذلك ما اختلفنا فيه لانه سلعة لم يقبضها
المشتري فوجب ان لا يجوز بيعها ولا يعترض ذلك بيع الدنانير التي في الذمة
قبل القبض لانها ليست من جملة السلع بل هي من الاثمان وايضا ما يصح فيه النقل و
والتحويل لم يجز بيعه قبل القبض لان تمام البيع الاول موقوف على القبض الا ترى
(ان الابراء منه يصح من البائع) ان حق التسليم بعد باق وهو باق من كمال
العقد وتمامه فيجب على هذا ان لا يجوز البيع قبل القبض فيما لا يجوز فيه النقل
والتحويل لما ذكرناه وليس يعترض ذلك حق استيفاء الثمن لانه ليس من تمام
الا ترى ان الابراء منه يصح من البائع مع ثبوت العقد وليس كذلك حق التسليم فعلم
انه من تمام العقد ويمكن ان يقال ان العلة في المنع من بيع ما لم يقبض طعاما
كان او غيره انه سلعة مضمونة على البائع بعقد البيع فوجب ان لا يجوز بيعه
قبل القبض ولا يلزم عليه ضمان الغصب ولا ضمان العارية اذا اشترط فيها ذلك
لان كل ذلك مما لا يصح ان يقال فيه انه مضمون على البائع بعقد البيع **فان قيل**
فانتم تمنعون جواز بيع الخمس او الصدقة حتى تقبض وهما لا يصح ان يقال
هما مضمونان على البائع بعقد البيع **قيل** له هذا وجود الحكم ولا علة وقد
بينا ان ذلك لا يوجب النقض فما ذكرتموه ليس بنقض **فان قيل**
ان ما ينقل لا يجوز بيعه قبل القبض لانه لا يؤمن فيه فساد العقد بالهلاك المبيع
وهذا غير موجود في العقار **قيل** له هذه العلة لا تنافي علتنا فلا ضرر
علينا منها على انه لا يمتنع ان نقول انه يجوز ان ينتقض بيع العقار بانهدام البناء

القادم

القائم وذكر ابو عبد الله البصري في شرح مختصر الكرخي ان البيع فيه
ينتقض على قول محمد وحكى عن ابي الحسن الكرخي انه لا نص فيه عن ابي حنيفة
فلا نسلم لهم الوصف وليس لهم ان يقولوا انه يجب ان لا يفسد البيع بانهدام العلو
لجواز الانتفاع بالقرار الا ترى انه لا خلاف في ان الشاة لو ماتت قبل القبض لا
ينتقض البيع فيها وان كان الانتفاع بصوفها جائزا عندنا وعندهم وكان الانتفاع
بجلدها ايضا جائزا عندهم فما كان معظم الانتفاع او ما هو جار مجرى المعظم قد
بطل فان قاسوه على المهر او جعل الخلع والصلح عن دم العمد بعلة انه يؤمن فساد عقد
بتلفه فهو غير مسلم في الفرع على ما بينا لا على انا لسنا نحفظ عن اصحابنا اجازة
بيع المهر او جعل الخلع والصلح عن دم العمد قبل القبض والاولى على اصولهم انه لا
يجوز فصار الحكم في الاصل غير مسلم فلا يصح اعتمادهم عليه فاما ما كان يذهب
اليه مالك من ان ذلك خاص في الطعام فلا معنى له لان ما اعتمدناه من الخبر عام
في الجميع فلا وجه لتخصيص الطعام **فان قيل** فقد روي انه صلى الله عليه
وآله وسلم نهى عن بيع الطعام قبل القبض والخاص اولى **قيل** له انما يقال
ان الخاص اولى اذا كان وروده ينافي الحكم الذي ورد به العام فاما اذا لم
ينافيه فلا وجه لذلك لانه يكون ذكر بعض ما اشتمل عليه العموم وهذا
لا يمنع من التعلق بالعموم ويروى بذلك ما اخبرنا به ابو بكر المقرئ ثنا الطحاوي
ثنا ابن ابي داود ثنا احمد بن خالد ثنا ابن اسحق عن ابي الزناد عن عبيد بن حنين
عن ابن عمر عن زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى ان تباع
السلعة حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم فعم ذلك الطعام وغيره
ويؤكد ما ذهبنا اليه انه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن وما روي
من قوله لا تبع ما ليس عندك فكل ذلك يصحح ما ذهبنا اليه على ان العلل التي ذكرناها
تحج مالكا كما تحج ابا حنيفة وقلنا ان المبيع لو كان عبدا فاعتق كان العتق مردودا
والمراد لو اعتقه المشتري الثاني لان شراءه وقع فاسدا لانه اشترى ما لم يقبضه
محمد لانه نص في الايمان بابعه على ما يدل القول فيه وهذا يكون اذا اعتقه المشتري
وهو لم يقبضه لانه نص في الايمان من المنتخب على ان من حلف ان لا يبيع
ولا يشتري فباع بيعا فاسدا يجوز فيه العتق او الهبة انه يحنث فدل ذلك
انه يوجب ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد وبه قال ابو حنيفة واصحابه
وأباه الشافعي ووجهه ان البائع يستحق البدل على المشتري بتسليطه عليه
عن عقد فاشبه البيع الصحيح الا ترى انه لما ملك عليه البدل وهو الثمن لتسليطه
عليه عن عقد وجب ان يملكه المشتري وليس لهم ان يقولوا انه لا تاثير
للتسليط في البيع الصحيح الا ترى انه لما ملك عليه لان البائع يملك الثمن قبله
لان ذلك لا يستقر الا بعد التسليط فصح تاثيره وليس لهم ان يمنعوا من وجوده

الوصف في الفرع لانه لاخلاف ان من اشترى شراء فاسدا وقبضه المشتري فتلف في يده ان بايعه يستحق عليه البدل الذي هو القيمة يوضح ذلك ان النكاح الفاسد لا حكم له في الانفراد ثم اذا اتصل به الوطء صار في حكم الصحيح وصار الواطي في حكم المالك للبضع الا ترى انه لو وطيها مرارا لم تستحق الا مهرا واحدا وصار الوطء الثاني وما بعده في حكم الوطء الواقع في ملكه فكذلك الوطء في البيع الفاسد **فان قيل** قد ثبت ان القبض المنفرد من العقد لا يوجب التمليك فكذلك العقد الفاسد المنفرد عن القبض وقد ثبت انه لا يوجب التمليك فوجب ان لا يوجب ذلك اجتماعهما **قيل** له لا يمتنع ان يكون الشيئان لا يوجب كل واحد منهما امرا على الانفراد وان اوجباه اذا اجتمعا الا ترى ان النكاح الفاسد لا يوجب مهرا اذا انفرد عن الوطء وكذلك الوطء اذا تجرد وان اجتمعا اوجبا المهر فكذلك الايجاب في البيع لا يوجب الملك اذا انفرد والقبول ايضا اذا انفرد عن الايجاب لم يوجب الملك واذا اجتمعا اوجبا فبان سقوط اعتراضهم هذا **فان قيل** فلو باعه بالا بيع تملكه على وجه من الوجوه ثم قبضه لم يملك وهذا ينقض ما اعتمدتموه **قيل** له هذا ساقط من وجهين احدهما انا لا نسلم ان ذلك عقد بيع لان البيع بالا بيع تملكه على وجه من الوجوه غير معقول فاسم العقد البيع لا يتناوله والثاني انه لا يجب ان يكون مما بينهما على ذلك مضمونا عليه عندنا وقد ذكر ابو بكر الجصاص في شرح المختصر ان ذلك غير محفوظ عن اصحابهم وانه لا يمتنع ان يقال انه غير مضمون عند اصحابهم فاما على قولنا فهو الاظهر لان اصحابنا لا يضمنون من قبض الشيء للسوم اذا لم يجر فيه عقد على وجه من الوجوه ويشهد لما ذكرناه الهبة على عوض فاسد والاجارة الفاسدة على العمل الا ترى انه يستحق به الاجرة على العمل كما يستحق بالاجارة الصحيحة على العمل ويشهد له ايضا وقوع العتق بالكتابة الفاسدة :

مسئلة قال فان قبضه ثم تركه عند بايعه رهنا او وديعة ثم باعه فان البيع جائز وكذلك لا يجوز بيع الصدقة ولا الخمس قبل القبض وجميعه منصوص عليه في الاحكام ووجه قولنا انه ان كان قبضه ثم تركه عند بايعه رهنا او وديعة جاز فيه البيع انه قد حصل مقبوضا وصار مضمونا له فسبيله سبيل ما يودع او يرهن عند غير بايعه في جواز البيع لانه لا فرق بين البايع وبين من سواه في هذا الباب على انه مما لا احفظ فيه خلافا وقلنا ان بيع الصدقة والخمس لا يجوز قبل القبض لعموم ما روي انه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض وفي حديث زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الصدقة حتى تقبض وعن بيع الخمس حتى يحاز ولانه لا يملكه الا بالقبض فاشبه بيع ميتا ... في



النهي في انه لا يجوز بيعها **فان قيل** فاذا كنتم تجوزون بيع ما لا يملكه الانسان وتوقفون على اجازة رب المال فهلا قلتم ذلك في بيع الخمس والصدقة **قيل له** اما الخمس فليس له مالك معين فيكون بيع من باعه موقوفا على اجازته لان ملكه يستقر لمعين بالقبض والصدقة لا تكون ملكا لمالكها حتى يقبضها المصدق عليه وانما سمي صدقة على سبيل التوسع فلو باعه بائع فاجازه مالكه خرج عن حكم الصدقة وصار بمنزلة سائر ما يوقف على اجازة مالكه فلم يجب ان يكون ما سالوا عنه لازما على ما بيناه فسقط التعلق به

مسألة قال ولا يجوز بيع امهات الاولاد على وجه من الوجوه سوى وضعت للتمام او لغير تمام بعد ان وضعت مضغة او نحوها

ما ذكرناه من ان بيعهن لا يجوز منصوص عليه في الاحكام والمنتخب وهو قول القاسم عليه السلام وما ذكرناه من انها لو وضعت لغير تمام بعد ان تكون مضغة او غيرها منصوص عليه في الاحكام المنتخب وما ذهبنا اليه من منع بيعهن من قول عامة الفقهاء وهو ما اجمع عليه في الصدر الاول وذهبت الامامية الى ان بيعهن جائز وبه قال الناصر عليه السلام وروي القولان جميعا عن امير المؤمنين رواه زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام مثل قول الامامية وروى لنا ابو العباس الحسني مثل قولنا عنه عليه السلام قال ابو العباس الحسني اخبرنا محمد بن الحسين بن علي العلوي المصري ثنا ابي الحسين يحيى اخا الناصر ثنا زيد بن الحسن بن زيد بن عيسى بن زيد بن علي عن ابي بكر عبد الله بن ابي اويس عن حسين بن عبد الله بن ضميرة عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام انه كان يقول لا تباع ام الولد والاصل في ذلك ما اخبرنا به ابو العباس الحسني احمد بن سعيد بن عثمان الثقفي نا احمد بن سعيد الدارمي ثنا يزيد بن هرون عن شريك عن حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن العباس بن عبد المطلب عن عكرمة عن ابن عباس قال ذكرت مارية ام ابرهيم عند رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال اعتقها ولدها وان كان سقطا فدل ذلك على انها تصير حرة بنفس الولادة وهذا صريح مذهبنا **فان قيل** فانتم لا تثبتون عتقها في حال ولادتها **قيل له** لا يمنع ان يكون الموجب

ان يكون الموجب للعتق هو الولادة وان وجب ان يراعى لتمامه شرط آخر الا ترى ان المكاتب يعتق بالكتابة وان كان اداء المال شرطا في اتمام العتق **فان قيل** فانه صلى الله عليه وآله وسلم قال اعتقها ولدها وقد علمنا ان الولد لم يكن منه الاعتاق فلم يكن للخبر ظاهر **قيل** له لا وجه للخبر غير اعتاقها بالولادة الا ترى الى قوله وان كان سقطا فالسقط لا يكون منه الفعل فبان ان العرض فيه ليس انه فعل عتاقها وان المراد انها تعتق بولادتها له **فان قيل** فاذا تأولتم الخبر على وجه لا يقتضيه الظاهر قلنا ان مناقله على وجه آخر وهو ان نقول انها تعتق الولد اذا مات الوالد وبقي الولد **قيل** له هذا التأويل ساقط من وجهين احدهما ان ابرهيم ابن النبي صلى الله عليه وآله وسلم مات قبل النبي صلى الله عليه وآله وسلم فلا يجب على هذا حصول عتقها وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم اعتقها ولدها والوجه الثاني ان قوله ولو كان سقطا يدل على ان المراد به غير ما تأولتموه وقد اخبرنا ايضا ابو العباس الحسني رضي الله عنه قال اخبرنا عبد الرحمن بن الحسين الاسدي قاضي همدان نا ابرهيم بن الحسين المعروف نا ابن ديزيل ثنا محمد بن اسمعيل الجعفري من ولد الطيار صلوات الله عليه ثنا عبد الله بن سلمة بن اسلم عن الحسين بن عبد الله بن عبيد الله الهاشمي عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لام ابرهيم اعتقها ولدها ويدل على ذلك ما اخبرنا به ابو العباس الحسني نا الحسين بن عبد الله بن عبد الحميد البجلي الهمداني ثنا ابو بكر احمد بن محمد بن احمد بن زيد الواسطي ثنا ابي وعمي علي بن احمد ثنا محمد بن صبيح ثنا عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا ولدت جارية الرجل منه فهي له متعة حيوته واذا مات فهي حرة هذا اصح مذهبنا وروي عن الثوري عن الافريقي عن مسلم بن سنان عن ابن المسيب قال امهات الاولاد لا يبعن ولا يجعلن من الثلث قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ذكره الجصاص في كتابه وروى ايضا باسناده عن خوات بن جبير عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم النهي عن بيعهن ويدل على ذلك ما روي عن عبيدة السلماني عن علي عليه السلام قال اجتمع رايي وراي عمر في جماعة المسلمين على عتق امهات الاولاد

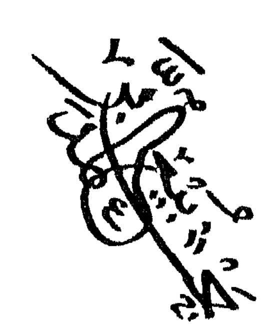
ثم ابي

صرن ثم رأيت ان ارقهن فأخبر ان الاجماع حصل على ذلك وروى ابو العباس
الحسني رضي الله عنه في كتاب الابانة باسناده عن الشعبي عن علي عليه
السلام قال استشارني عمر في بيع امهات الاولاد فرأيت انا وهو اذا ولدت
عتقت وقضى به عمر حيوته وعثمان بعده فلما وليت الامر من بعدهما رأيت
أن ارقها **فان قيل** هذا عليكم من وجهين أحدهما ان فيه ما يدل
على انهما لم يحفظا فيه النص عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم والثاني
أن عليا عليه السلام ذكر رجوعه عنه وعندكم انه لا يجوز أن يخالف
قيل له اما الاول فلا معترض به لانه لا يجب في كل حال ان يكونا
قد عرفا جميع النصوص الواردة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ويجوز
أن يكونا قد عرفا النص واشتبه عليهما المراد فاجمع الرأي منهما ومن المسلمين
على مراده صلى الله عليه وآله وسلم بالخبر فانتهوا اليه واما الثاني فلا
معنى له لان عليا عليه السلام لا يجوز أن يخالف اجماع المسلمين فيجوز
ان يكون لكلامه عليه السلام تأويل وهو احد الوجهين اما ان يكون مراده
اني رأيت ان ابين بقاء رقهن لان لا يظن الناس ان المراد بقوله اذهن عتقهن
العتق البات فيكون كلامه عليه السلام للتفسير لما اجمعوا عليه من قبل
فان قيل فقد روي في بعض الاخبار ثم رأيت أن ابيعهن **قيل**
له يجوز ان يكون هذا لفظ الراوي الذي سمع قوله ارقهن فتأول فيه
حقيقة الاسترقاق فعبر عنه بحكمه وهو جواز البيع لان الاثرم روى
هذا الحديث روى بلفظ الارقاق دون لفظ البيع والثاني انه يجوز ان يكون ذكر
ما عرض له من الرأي ولم يقل انه اخذ به ومن الجائز ان يكون الرأي يعترض
له ثم يمنعه عن الاخذ به ما سلف من الاجماع وهذا نحو ما روي عنه عليه السلام
انه قال لو كان الدين بالرأي لكان باطن الخف اولى بالمسح من ظاهره فبان ان
الرأي يقتضي وان كان هناك ما يمنع منه **فان قيل** روي عن عبيدة
السلماني من قوله فقلت له يعني عليا عليه السلام رأيك في الجماعة أحب
الي من رأيك في الفرقة يعترض هذا التأويل **قيل** له قد ذكر جماعة من
العلماء ان هذا اللفظ مما لا يصح وان عبيدة لم يكن له من الورع ما يجيزه على
ان يشافه امير المؤمنين عليه السلام بذلك وينسبه الى خرق الاجماع
منه وقد بينا انه يجوز ان يكون قال ذلك في نفسه حين خفي عليه قول

أمير المؤمنين على أنه إن ثبت فلا معترض به على الوجه الثاني من التأويل
وذلك أن معنى قوله موافق لتأويلنا لأنهما اجتمعا يعني على هذا الرأي
لا يجوز الأخذ به لمنع الإجماع منه وقد بيّنا أن عليا عليه السلام لم
يقل إني أخذت هذا الرأي وعملت به **فإن قيل** فإن زيد بن
علي روى عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام ما لا يحتمل هذا التأويل
وهو قوله وكان يقول إذا ماتت سيدها وله منها ولد فهي حرة من نصيبه
لأن الولد قد ملك منها شقصا وإن كانت لا ولد لها بيعت **قيل له**
هذا رواه أبو خالد عن زيد بن علي عليه السلام يرفعه إلى علي صلوات
الله عليه أنه كان يجيز بيع أمهات الأولاد ولا يمتنع أن يكون قول زيد
بن علي عليه السلام أدرجه في الخبر وأن يكون أبو خالد هو القائل وكان
يقول كذا والمراد به زيد دون أمير المؤمنين عليهم السلام ويحتمل أيضا
أن يكون المراد به إذا كان الاستيلاد وقع في غير الملك ويكون الملك
تجدد بعد الولادة فهذه لا تكون أم ولد حكما وإن جاز أن تسمى من طريق أم
ولد وحكمها عندنا هو ما تضمنه ظاهر هذا الحديث فلا يكون قادحا في مذهبنا
فإن قيل فقد روى زيد بن علي عليه السلام ما هو أوضح من هذا أن
وهو أن رجلا أتاه فقال يا أمير المؤمنين إن لي أمة ولدت مني
أفأهبها لأخي قال نعم فوهبها لأخيه فوطئها فولدها فأتاه الآخر فقال
أهبها لأخ آخر قال نعم فوطئوها جميعا **قيل** له أما الأخ الأول
فيجوز أن يكون استيلاده لها كان قبل الملك فوطئها ثم ملكها ملكها قبل
الولادة وهذه عندنا يجوز بيعها وهبتها فأجاز علي عليه السلام أن يهبها
لأخيه وأما الأخ الثاني فيجوز أن يكون أراد بالهبة النكاح فإن النكاح يجوز
أن يعبّر عنه بالهبة ألا ترى إلى قوله سبحانه وامرأة مؤمنة إن وهبت
نفسها للنبي والمراد به النكاح وكذلك قلنا إن النكاح ينعقد بلفظ الهبة فيكون
وطء الثالث لها بالنكاح دون الملك **فإن قيل** ما الفصل بينكم
وبين ما تأول ما روي عن علي عليه السلام أنه كان يقول لا تباع أم
الولد على أم الولد التي مات سيدها عنها وله منها ولد باق **قيل**
له تأويلنا أولى لموافقته ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ولما ذكر
من حصول الإجماع فكنا به أسعد **فإن قيل** فكيف تدعون الإجماع

وقد روي عن عمر انه قال ام الولد اذا اسلمت وحصنت عتقت وان كفرت
وفجرت وغدرت رقت **قيل** له يحتمل ان يكون المراد به ان ارتدت
ولحقت بدار الحرب **فان قيل** روي عن ابن مسعود انه يجوز
بيعهن **قيل** له يحتمل ان يكون من ملك بعد الولادة **فان قيل**
روي عن ابن مسعود انه قال تعتق من نصيب ولدها **قيل** له هذا
لا يمنع من القول باعتاقها وانما الخلاف في وجه العتق وليس فيها دلالة
على صحة جواز البيع على انه قد روي عن ابن مسعود ما دل على خلاف
ذلك **اخبرنا** ابو العباس الحسني رحمه الله نا الحسين بن ابي الربيع
ثنا الحسين بن علي بن الربيع ثنا ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن الاعمش عن
زيد بن وهب قال مات رجل من الحي وترك ام ولد فامر الوليد بن عقبة
ببيعها فاتينا ابن مسعود فسالناه فقال ان كنتم لابد فاعلين فاجعلوها في
نصيب ولدها فدل ذلك على انه لم يقل ذلك عن رضى ببيعها **فان قيل**
قد روي عن جابر انه قال كنا نبيع امهات الاولاد على عهد رسول الله صلعم
وعهد ابي بكر الى ان نهى عنه عمر **قيل** له هذا مما لا حجة فيه للمخالف
لانه لم يذكر انه فعل ذلك باذن النبي صلى الله عليه وآله وسلم الا ترى الى ما
روى ابي بن كعب لما قال لعمر قد كنا نجامع على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم
فلا نغتسل حتى ننزل فقال له عمر فاخبرتم بذلك النبي صلى الله عليه وآله وسلم
فرضيه قال لا فلم ياخذ به على ان ذلك يحتمل ان يكون في امهات اولاد ولدن
قبل الملك وهذا مما لا نأباه **ومما** يدل على ذلك ما اخبرنا به ابو بكر
المقرئ ثنا الطحاوي ثنا ابن ابي داود ثنا ابو اليمان نا شعيب ابن ابي حمزة
عن الزهري حدثني عبد الله بن محيريز الجمحي ان ابا سعيد الخدري اخبره انه
بينا هو جالس عند النبي صلى الله عليه وآله وسلم اذ جاءه رجل
من الانصار فقال يا رسول الله انا نصيب سبيا ونحب الاثمان فكيف
ترى في العزل فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا عليكم الا تفعلوا
ذلك فانها ليست نسمة كتب الله عز وجل ان تخرج الا وهي خارجة
فلولا ان بيعها بعد الاستيلاد غير جائز لقال صلى الله عليه وآله وسلم
ليس الاستيلاد بمانع من الثمن فدل ذلك على حظر بيعهن

ما يذكره المخالف في هذا الباب مما يجري مجرى النظر فلا معنى له لأنه
يؤدي إلى خلاف النصوص التي ذكرناها وإلى خلاف ما أجمع عليه
وما يجري هذا المجرى من النظر فهو فاسد على الحسم لا يخالفون في أن إطلاق
بيعها في حال الحمل غير جائز لأنهم فرقتان فرقة يذهبون إلى أن بيعها في حال
الحمل غير جائز على وجه من الوجوه وفرقة تذهب إلى أن بيعها لا يجوز
إلا أن يستثني ما في بطنها فحصل الوفاق في أن بيعها على الإطلاق غير جائز
فوجب أن لا يجوز بيعها بعد الولادة على الإطلاق والعلة أن مالكها أحبلها
في الإسلام فكل مملوكة حبلت من مالكها في الإسلام لم يجز إطلاق بيعها وإذا
ثبت أن إطلاق بيعها غير جائز ثبت أنه لا يجوز بيعها على وجه من الوجوه
إذ لم يفصل بين أحد ذلك ويؤكد ذلك بالحظر والاحتياط وقلنا إنها
تصير أم ولد سوى وضعت للتمام أو لغير التمام لقوله صلى الله عليه
وآله وسلم أعتقها ولدها وإن كان سقطا واشترطنا أن يكون مضغة أو
نحوها ليعلم أنه ولد وينفصل حاله بين أن يكون ولدا وبين أن يكون دما
أو غيره مما يجمعه ابدا **مسألة** قال ولا يجوز بيع المدبر إلا من
ضرورة وهذا منصوص عليه في الأحكام والمنتخب وبه قال القاسم وقال الناصر
يجوز بيعه على كل حال وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعه بحال
وقال مالك إنه لا يباع إلا في الدين والأصل في ذلك ما حدثنا به علي بن إسمعيل
ثنا محمد بن المسيب بن اليمان ثنا محمد بن شجاع ثنا يزيد بن هرون ثنا محمد بن إسحق
عن عبد الله بن نجيح عن مجاهد عن جابر قال كان في المدينة رجل أعتق غلاما
قبطيا عن دبر منه ثم أتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فذكر له الحاجة
فأمره أن يبيعه فباعه بثمانمائة درهم من نعيم بن النحام وروى أبو داود
في السنن بإسناده عن عطاء بن أبي رباح عن جابر أن رجلا أعتق غلاما له
عن دبر منه ولم يكن له مال غيره فأمر به النبي صلى الله عليه وآله وسلم
فبيع فدل ذلك على أن بيعه كان للحاجة ألا ترى أن ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
سها فسجد دل على أن السجود كان للسهو وكذلك ما روي أن ماعزا زنى
فرجم دل على أن الرجم كان للزنا فكذلك قول جابر أعتق غلاما له عن دبر
فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فذكر له الحاجة نص على ما ذهبنا إليه
فإن قيل فقد روى الجصاص بإسناده عن نافع عن ابن عمر قال قال



رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم المدبر لا يباع ولا يشترى وهو من
الثلث وهذا عام في جميع الأحوال **قيل** له لا ننكر ما ذكرت وبه
نحتج على الشافعي ومن قال مثل قوله إذ أجاز بيعه إلا أنا نخصص منه المدبر
المضطر بالدليل الذي قدمناه **فإن قيل** روي عن أبي جعفر عليه
السلام أنه قال إنما باع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خدمة المدبر
قيل له هذا لا يمنع ما اعتمدناه من الأخبار لأنه يجوز أن يكون صلى الله
عليه وآله وسلم باع خدمة المدبر مرة والمدبر نفسه مرة أخرى فليس
بينهما تناف وأكثر ما في هذا أن يكون أبو جعفر عليه السلام لم يعرف أحد
البيعين وعرف الآخر **فإن قيل** ما تنكرون على من قال لكم إنا نجوز بيع
بعض المدبر وهو أن لا يكون علق عتقه بمجرد موت مالكه فيحمل الخبر عليه
قيل له ظاهر الخبر يقتضي خلاف ذلك لأن فيه أن رجلا أعتق غلاما له
عن دبر وذكر الحاجة فأمر ببيعه فذكر الإعتاق عن دبر ولم يذكر شرطا
سواه فيه ولا يمكن إثبات شرط لا يقتضيه الخبر ولم يدل الدليل عليه **فإن قيل**
قد روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم المدبر لا يباع ولا يشترى ثم روي
أنه باع مدبرا فاستعملنا الخبرين بأن حملنا بيعه المدبر على مدبر دون مدبر
وأنتم استعملتموه بأن حملتموه على اختلاف أحوال المدبر في نفسه فتساوينا
فيه وبقي لنا قوله المدبر لا يباع ولا يشترى **قيل** له استعمالنا أولى من
استعمالكم وذلك أن ما راعيناه من اضطرار المدبر قد تضمنته الأخبار
الواردة في هذا الباب ألا ترى أن في بعض الأخبار أنه باع مدبرا في الدين
وفي بعضها أن رجلا أعتق عبده عن دبر لا مال له غيره وفي بعضها فذكر
الحاجة لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وفيما رواه أبو داود في
السنن بإسناده عن أبي الزبير عن جابر أن رجلا من الأنصار يقال له أبو
مذكور أعتق غلاما له يقال له يعقوب عن دبر ولم يكن له مال غيره فدعا
به النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال من يشتريه فاشتراه نعيم بن عبد الله بثمانمائة
درهم فدفعها إليه وقال إذا كان أحدكم فقيرا فليبدأ بنفسه وفي بعض الأخبار
أنه صلى الله عليه وآله وسلم باعه وقال الله عنه غني وأنت إلى ثمنه أحوج فكل ذلك

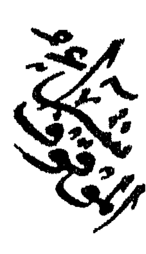
فكل ذلك يدل على ان السبب الذي بيع من اجله ما ذهبنا اليه فكان
استعمالنا اولى من استعمال من حمله على من لم ينطق به شيء من الاخبار **وممّا**
يدل على ذلك انه امر مستقر يراعى لتنفيذه الثلث فوجب ان لا يجوز الاعتراض
عليه الا لعذر كالوصية بعد الموت وليس يلزم عليه الوصية قبل الموت
لان الوصية قبل الموت لا تستقر وانما يكون استقرارها بعد الموت وليس كذلك
التدبير لانه لا يستقر قبل الموت الا ترى انه لا خلاف ان العبد يكون مدبرا
في حال حيوة مولاه وايضا وجدنا التدبير عتقا من جملة القول معلقا على شرط
منتظر فوجب ان يكون لمالكه فسخه على حال دون حال دليله الكتابة الا ترى
ان له ان يفسخ الكتابة اذا عجز العبد او استقال ولا خلاف بيننا وبين ابي حنيفة
ان من قال لعبده انت حر ان مت من مرضي هذا ان له ان يبيعه اذا اضطر الى
بيعه فكذلك ان قال له انت حر ان مت فقط والعلة انه مضطر الى بيع
مدبره وهذه العلة لها تاثير عندنا لانه لو لم يكن مضطرا لم يجز بيعه عندنا
يؤكد ذلك انا وجدنا حال المدبر اقوى في باب العتق من حال من اوصى بعتقه
لانه يفتقر الى اعتاق الوصي بعد الموت وليس يفتقر المدبر الى ذلك ووجدنا
حاله اضعف من حال ام الولد لان ام الولد تعتق من جملة المال والمدبر يعتق
من الثلث الا ترى ان الوصية لما كانت اضعف حالا من الدين نفذت من
الثلث ونفذ الدين من جميع المال فلما ثبت ذلك وجب ان يكون حاله
فاصلة بين حال الموصي بعتقه وحال ام الولد فكانت ام الولد ممن لا يجوز بيعها
على وجه من الوجوه والموصى بعتقه يجوز بيعه بكل حال وجب ان يكون
المدبر لا يجوز بيعه على حال دون حال وكان اولى الاحوال بالفصل في ذلك
ما دلت الآثار عليه وايضا وجدنا المدبر بعد موت صاحبه حاله متوسطة
بحال ام الولد والموصى بعتقه لان ام الولد تعتق بكل حال عتقا مطلقا والموصى
بعتقه يمنع الدين من تنفيذ عتقه والمدبر يعتق مع السعي فوجب ان يكون
حاله متوسطة في حال حيوته بينهما على ما ذهبنا اليه فاما مالك فانه يجيز بيعه
في الدين فيجب ان يجوز بيعه في سائر الضرورات لان الاخبار قد نبهت
عليه لان في بعض الاخبار انه عليه السلام باعه في الدين وفي بعضها ان الرجل

ذكر التدبير

ذكر الحاجة فامر ببيعه وفي بعضها انه قال اذا كان احدكم فقيرا فليبدا بنفسه وفي بعضها الله اغنى وانت الى ثمنه احوج فنبه بذلك على ان الحاجة ما عادة فيه كالدين وايضا وجب ان يقاس سائر التصرفات في الاصول كالدين او اقوى من الدين ولم نجدها اضعف من الدين الا ترى انهما يستويان في باب اخذ الزكاة وعندنا الدين اضعف في باب اداء الزكاة لان من عليه الدين قد تلزمه نفقة الرحم وان كان الفقير لا تلزمه فاذا جاز ان يباع المدبر في الدين جاز ان يباع في سائر التصرفات اذ ليست حالها اضعف من حال الدين

بيع الضالة

مسألة قال ولا يجوز بيع الضالة ولا بيع العبد الآبق في حال اباقه وبيعهما غرر وهذا منصوص عليه في الاحكام ونص في المنتخب على ان بيع الآبق لا يجوز والاصل في ذلك ما اخبرنا به ابو الحسين البروجردي ثنا ابو بكر محمد بن عمر الدينوري ثنا حماد بن زيد عن يحيى بن عتيق عن محمد بن سيرين عن ايوب السختياني عن يوسف بن ماهك المكي عن حكيم بن حزام قال نهاني النبي صلى الله عليه وآله وسلم ان ابيع ما ليس عندي والآبق والضالة ليسا عند البائع فوجب ان لا يجوز بيعهما لعموم النهي عن ذلك وروى زيد عن



ابيه عن جده عن علي عليهم السلام انه نهى عن بيع ما ليس عندك والنهي عن بيع الغرر يقتضي النهي عن بيع الآبق والضالة لانه غرر لا يدرى ايظفر به ام لا فيجري مجرى بيع الطير في الهوى والسمك في الماء **مسألة** قال ولا باس بالشراء الموقوف على اذن المشتري له وكذلك القول في البيع الموقوف على اذن صاحب المبيع تخريجا نص في الاحكام في مسئلة من خالف امر الآمر على اجازة الشراء الموقوف ودل كلامه فيه وفي النكاح الموقوف على اجازته البيع الموقوف والشافعي ياباهما واجاز ابو حنيفة البيع الموقوف دون الشراء الموقوف واجاز الوقف في الشراء دون البيع مالك والاصل في ذلك قول الله تعالى احل الله البيع وحرم الربا والبيع اسم للايجاب والقبول وليس لاحد ان يقول الايجاب يجب ان يكون من المالك لانه لا خلاف ان اسم البيع ينطلق عليه لانه لا يمنع احد من ان يقول باع فلان مال غيره **فان قيل** البيع هو ايجاب الملك للغير والموقوف

لا يكون ملكاً فلا يجب أن يكون بيعاً فثبت أن الاسم لا يتناوله **قيل**
إن البيع هو اسم الإيجاب والقبول يكشف ذلك أن المتعاقدين لو تعاقدا على
خيار معلوم كان ذلك بيعاً وإن لم يجب الملك ومما يدل على ذلك حديث عروة
البارقي قال أعطاني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ديناراً لأشتري
به شاة فاشتريت به شاتين فبعت إحداهما بدينار وجئت بالأخرى فقال
أحسنت وروي أنه قال أعطاني ديناراً اشتري به أضحية فاشتريت
به شاتين فبعت إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعى له صلى الله عليه
وآله وسلم بالبركة في بيعه فكان لو اشترى التراب ربح وفي بعض الأخبار
قلت هذا ديناركم وهذه شاتكم فقال كيف صنعت فحدثته بالحديث
فقال اللهم بارك في صفقة يمينه فدلت هذه الأخبار على ما ذهبنا
من جواز البيع والشراء الموقوفين لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم
أمره أن يشتري شاة فاشترى شاتين بغير أمره ثم باع إحداهما بغير أمره
فأجازه النبي صلى الله عليه وآله فدل على ما ذهبنا إليه من أن الإجازة
تلحق البيع والشراء جميعاً ومما يدل على ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه
وآله أنه أعطى حكيم بن حزام ديناراً وأمره أن يشتري به أضحية
فاشترى وباع ثم اشترى ثم أتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بدينار
وشاة فقال ما هذا فقال بعت واشتريت وربحت فقال صلى الله عليه وآله
بارك الله لك في تجارتك فدل ذلك على ما ذهبنا إليه لأن حكيماً باع ما لم
يؤمر ببيعه ثم شرى ما لم يؤمر بشرائه ثانياً وأجازهما النبي صلى الله عليه وآله
فإن قيل يجوز أن يكون النبي صلى الله عليه وآله قد أذن له في ذلك
قيل له الخبر دال على خلاف ذلك وهو مما لا يمكن ادعاؤه إلا بالدلالة
فإن قيل فقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن بيع ما لم يملك وأنه قال
لا تبع ما ليس عندك وهذا نقيض مذهبكم **قيل** له أما عن بيع ما لم يملك
فلا يتناول موضع الخلاف لأن الخلاف إنما هو في بيع ما لم يملك إذا باعه
غير مالكه وأما ما لا يكون ملكاً لأحد فلا خلاف أن بيعه لا يجوز وهو
الذي ورد النهي عن بيعه وقوله لا تبع ما ليس عندك أيضاً لا يدل على موضع

الخلاف لأن الإنسان قد يكون عنده ملك غيره والخلاف في بيعه
قائم على ان ما ذكرتموه لو اقتضى ما ادعوه لكانت اخبارنا اولى لأنها تختص
موضع الخلاف فيجب ان تكون مخصصة لما اعتمدوه ولا خلاف ان صاحبه
لو كان رضي ببيعه جاز البيع وكذلك اذا رضي بعد وقوع العقد والمعنى انه عقد
بيع حصل معه رضى ببيعه جاز البيع والمالك للمبيع وايضا لا خلاف ان المريض
لو باع وحابا وقف البيع على اجازة الورثة فكذلك ما اختلفنا فيه والعلة انه
عقد بيع يتعلق به غير حق المتعاقدين فوجب ان يكون موقوفا على اجازة من
له الحق ولا خلاف ان قول البايع بعت يكون موقوفا على قبول المشتري
فوجب ان يقع ما اختلفنا فيه على الاجازة والمعنى انه معنى لو تقدم على العقد لنفذ
فوجب ان يقف عليه اذا لم يكن تقدم الا ترى انه لا خلاف انه لو قال المشتري قد اشتريت منك
كذا بكذا فقال البايع قد بعت لنفذ وهذا القياس الثاني يوجب

بياض في الاصل

الا ترى ان من اوصى

وليس لهم ان يقيسوه على الطير في الهوى والسمك في الماء لأنهما ليسا
ملكين لأحد فيكون بيعهما موقوفا على اجازته فان عللوا الفساد البيع قلنا
العلة فيه انه غير مملوك لأحد من الناس فلذلك فسد بيعه وهذه العلة
معلومة لا يصح ان يقابلها العلة المظنونة واما قول من قال ان البيع يوقف
والشراء لا يوقف لأن الشراء يلزم المشتري فهو عندنا غير صحيح لأن الذي
يصح عندنا هو ان الانسان اذا اشترى شيئا لغيره بغير امره لم يلزمه ووقف على
اجازة المشتري له فان اجازه جاز وان لم يجزه لم يلزمه بعد ذلك **فان قيل** فالدليل
على انه يلزم المشتري ان الوكيل اذا خالف الموكل في الشراء لزمه **قيل له** لسنا نسلم هذا
ونقول فيه ما قلنا اولا ان الوكيل اذا خالف كان موقوفا على المشتري له فان اجازه
جاز والا لزم الوكيل وهل الخلاف الا هذا فكيف يصح البناء عليه **فان قيل**
فكيف يصح ان يكون لزومه المشتري موقوفا على امتناع المشترى له من اجازة شرائه
قيل له لا يمتنع ذلك الا ترى انهم يقولون في الملتقط اذا تصدق باللقطة
ثم جاء صاحبها كان بالخيار بين ان يجيزه ويختار الاجر وبين ان يضمنه قيمتها فيكون تضمين
الملتقط موقوفا على امتناع صاحب اللقطة من اجازة الصدقة وتكون الصدقة موقوفة



على اجازته فان اجازها جازت وان لم يجزها ضمن الملتقط وكذلك المشتري لذا ان اجاز
جاز وان امتنع لزم المشتري الشراء **مسألة** قال ولو ان رجلاً باع من رجل شيئاً
باكثر من سعر يومه يداً بيد جاز فان باعه باكثر من سعر يومه مؤجلاً كان البيع فاسداً
وهو من الربا ولا يجوز ذلك وان لم يشترط الاجل لفظاً اذا كان مضمرين له ومنطويين
عليه وما ذكرناه من جواز بيع الشيء باكثر من سعر يومه يداً بيد قد دل عليه في باب
المزارعة وفي نسخة اخرى من باب المواجر من كتاب الاحكام ودل عليه ايضاً في مواضع
من الاحكام والمنتخب وما ذكرناه من المنع من بيعه باكثر من سعر يومه نساءً منصوص عليه
في كتاب الاحكام والمنتخب وما ذكرناه من انه لا يجوز ذلك وان لم يشترط الاجل لفظاً اذا
كانا مضمرين له فنبه عليه في باب الصرف من الاحكام اما ما ذكرنا من كون بيع الشيء باكثر من سعر
يومه لا يجوز نساءً فهو قول القسم رواه من عبدالله بن الحسن عن علي بن الحسين عليهم السلام
وبه قال الناصر وسائر العلماء على خلافه والدليل على ذلك قوله تعالى
وحرم الربا والربا هو الزيادة ومنه قول الله تعالى وما آتيتم من ربا ليربوا في
اموال الناس فلا يربوا عند الله فاذا ثبت ذلك ثبت ان ذلك البيع هو بيع
الزيادة فثبت انه بيع الربا موجب تحريمه بظاهر التلاوة **فان قيل**
فقد قال الله تعالى واحل الله البيع فلستم بما تعلقتم به باولى منا اذا تعلقنا
بما ذكرناه **قيل** له تعلقنا بما تعلقنا به اولى لانه حاظر وما تعلقتم
به مبيح والحاظر اولى من المبيح الا ترى الى ما روي عن امير المؤمنين عليه السلام
قال في الجمع بين الاختين بملك اليمين احلتهما آية وحرمتهما آية فتغلب
الحظر ولان الربا اخص من البيع لان البيع يشتمل على ما هو بيع مساواة
وربا وعندنا ان العام يجب ان يبنى على الخاص **فان قيل** فلم لا تحملوه
على هذا المعنى في بيع الشيء باكثر من سعر يومه يداً بيد **قيل** له يمنع
ذلك بدلالة الآية الاجماع ومن طريق السنة ما روي ان علياً عليه السلام
خطب الناس وقال سيأتي على الناس زمان عضوض يعض المؤمن على ما في
يده ولم يؤمر بذلك قال الله تعالى ولا تنسوا الفضل بينكم ويبايع
المضطرون وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع المضطرين
وبيع الغرر وهذا من بيع المضطر لان الشيء لا يشترى باكثر من سعر يومه

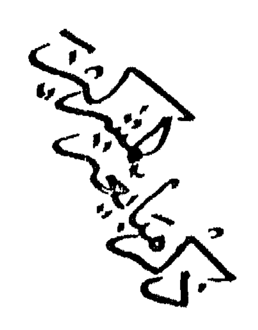
مؤجل

مؤجلا لأجل الضرورة وقد بينا تناوله النهي فيجب فساده **فإن قيل**
من يشتري بأكثر من سعر يومه إنما يشتريه لضرب من الضرورة وإن كان الثمن
معجلا وقد أجزتموه وكذلك من يبيع الشيء بأقل من سعر يومه إنما يفعله لضرب
من الضرورة وقد أجزتموه **قيل** له إنما تعلقنا بالعموم وكل ما سألتم عنه
مخصوص بالإجماع وأيضا روي أن امرأة قالت لعائشة إني بعت من زيد بن أرقم
خادما بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته بستمائة درهم فقالت بئس ما
اشتريت أبلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله
إن لم يتب فقالت أرأيت إن لم آخذ إلا رأس مالي فقالت عائشة فمن جاءه موعظة
من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله وهذا لا يجوز أن يقوله إلا توقيفا إذ
فيه إبطال الجهاد وذلك لا يكون للاجتهاد وفيه مقادير الثواب والعقاب فلا
طريق لها إلى التوقيف فإذا ثبت ذلك فليس يخلو إبطالها البيع الأول من أن يكون
لأنه بيع إلى العطاء وقد عرف من مذهبها خلاف ذلك أو يكون لأنه بيع بأكثر
من سعر يومه مؤجلا فإذا أفسد الأول لم يبق إلا الثاني **فإن قيل** فأجيزوا
ذلك لغير المضطرين إذا تبايعا **قيل** له قد بينا أن موضوع هذا البيع
موضوع الاضطرار فلا معتبر بحال المتبايعين ألا ترى أنه لا خلاف في
المضطرين إذا تبايعا الشيء بمثل سعر يومه أنه غير مراد بالخبر فإذا المراد أن يكون البيع
موضوعه موضوع الاضطرار **ويمكن** أن يقال لأبي حنيفة والشافعي
لا تختلف في أن من باع شيئا بأكثر من سعر يومه مؤجلا واشترط خيار أربعة
أن البيع فاسد فكذلك إذا لم يشترط الخيار والعلة أنه بيع بزيادة الثمن مؤجلا
ويدل عليه أن من عليه الحق لو قال لصاحبه أخرني بحقك وأزيدك لم يجز ذلك
لأنه زيادة وليس في مقابلتها إلا الأيام فكذلك بيع الشيء بأكثر من سعر يومه
بزيادة ألا ترى أن الزيادة لم تحصل إلا على الأيام فقط فليس يلزم عليه السلم
لأن من أسلم في الشيء مما يتبايع به لا يقال إنه بيع بزيادة وإنما يقال في مثله بيع
وكس وإن كان فيه زيادة من وجه على أنه لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة
أن من باع شيئا لم يجز له أن يشتريه بأقل مما باعه به من قبل أن يستوفي
الثمن الأول فكذلك ما ذهبنا إليه لأنه لا يحل في أن يحصل في الثمن زيادة

لا يقابلها الأمرين الزمان وقلنا أن ذلك لا يجوز وإن لم يشترطا الأجل لفظاً إذا كانا مضمرين له لقول الله تعالى إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم وقد ثبت أنهما لم يتراضيا بما جرى بينهما من العقد الظاهر لانطوائهما على خلاف ذلك ألا ترى أن المشتري لو علم أنه يطالب بالثمن معجلاً لم يكن يشتريه بذلك الثمن ولا معتبر بظاهر ما يقع منهما ألا ترى أن المكره إذا باع لم يصح بيعه وإن ظهر منه ظاهر الإيقاع لما قارنه ما يدل على أنه غير راض به فكذلك ما ذكرناه ولذلك أبطلنا طلاق المكره وعتاقه

في بيع الجزاف

مسألة قال ولا بأس ببيع الجزاف إذا لم يعرف المتبايعان قدره فإن كان أحدهما عارفاً بمقداره فسد البيع وهذا منصوص عليه في الأحكام ووجهه ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله من النهي عن بيع الغرر وهذا من التغرير لأنهما إذا تجازفا وأحدهما عالم بمقداره والآخر غير عالم به أمكن العالم غرر صاحبه وأيضاً ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عمر أن رجلاً ذكر للنبي صلى الله عليه وآله أنه يخدع في البيع فقال له النبي صلى الله عليه وآله إذا بايعت فقل لا خلابة دليل على أن البيع الذي يكون مع الخلابة لا يجوز وذلك هو بيع الخلابة إذ لا يجوز أن يحمل قوله صلى الله عليه وآله على التعريف الذي قلناه إذ ليس يفيد ذلك إلا اشتراط لا خلابة ولا خلاف أن اشتراط ذلك لا يؤثره **فإن قيل** لو بطل هذا البيع لم يبطل إلا لجهل أحدهما وعلم صاحبه وقد علمنا أن واحداً منهما لا يبطل البيع إذ لو جمعهما العلم أو الجهل لكان البيع صحيحاً بالإجماع وإذا ثبت ذلك لم يجب أن يبطل **قيل** له لسنا نقول إنه يبطل لواحد منهما بل نقول إنه يبطل لاجتماع علم أحدهما وجهل الآخر إذ الخداع بذلك يتم وإياه تناول قوله صلى الله عليه وآله لا خلابة



مسألة قال ولا بأس بمبايعة المشركين إذا لم يبيعوا سلاحاً ولا كراعاً ولا بأس بشراء بعض المشركين من بعض وهذا منصوص عليه في الأحكام قلنا إنه لا بأس بمبايعة المشركين لأنه لا خلاف في ذلك ولقول الله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا فلم يستثن بيعاً من بيع ولأن كل مال جاز أن يملكه على الغير بوجه من الوجوه جاز أن يملكه عليه

بالشراء

بالشراء واستثناء السلاح والكراع لان في ذلك تقوية على المسلمين وتكثيرا لعدتهم وذلك مما لا يجوز لانه يكون كالمعاونة لهم على ذلك وقد قال الله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولا يجب ان يكون سبيل سائر الاشياء سبيل السلاح والكراع في هذا الباب وان كان في بيع سائر الاشياء ضرب من التقوية لان موضوع سائر الاشيا ليس هو موضوع الاستعانة بها وموضوع السلاح والكراع موضوع الاستعانة به على الاعداء الا ترى ان الله تعالى لما قال واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل كان ذلك اول ما يكون موضوعه موضوع الاستعانة به عليهم من الاسلحة وما جرى مجراها وقلنا انه لا باس بشراء بعضهم من بعضهم لانا قد بينا فيما تقدم ان الملك في دار الحرب يكون بالغلبة فكل من غلب من المشركين في دار الحرب على شي يصح تملكه صار مالكا له فجاز ان يملك عليه بالشراء والمشركون ممن يصح تملكهم فمن غلب منهم على نفسه في دار الحرب صار مملوكا للغالب فصح ان يشتري منه

مسألة (١١) قال ويكره مبايعة الظالمين هذا منصوص عليه في الاحكام ووجهه ان احسن احوال ما في ايديهم من الاموال ان تكون من المشبهات لانا وان لم نحكم بانها حرام على القطع فانما كره لكثرة امارات التحريم فيه فان المعلوم من احوالهم ان عامة ما يتصرفون فيه من المغصوب

كذا في الام

نا ابو عبدالله النقاش قال حدثنا الناصر قال حدثني اخي الحسين بن علي قال حدثني ابي علي بن الحسين عن علي بن جعفر بن محمد عن ابيه جعفر بن محمد عن ابيه محمد بن علي يرفعه قال الوقوف عند الشبهة خير من الاقتحام في الهلكة وروى ابو داود في السنن باسناده عن الشعبي عن النعمان بن بشير قال لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرى دينه وعرضه ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام

مسألة (١٢) قال ولا يجوز شرى العبد ولا شراؤه الا باذن سيده وهذا منصوص عليه في الاحكام والاصل فيه ما قد ثبت ان العبد لا يملك شيئا فان سيده مالك له ولما في يده وقد نص الهادي عليه السلام على ذلك في كتاب العبادات وكتاب

المكاتبة من الاحكام واذا ثبت ذلك ثبت ان تصرفه لا يجوز الا
باذن سيده لانه يكون في حكم من تصرف في ملك غيره في انه لا يجوز
الا باذن المالك وما ذهبنا اليه من ان العبد لا يملك به قال ابو حنيفة
والمشهور من قول الشافعي وحكى عنه في القديم انه قد يملك وهو قول مالك
والاصل فيه قول الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء
الاية ففيه وجهان من الدلالة احدهما انه قال عبدا مملوكا لا يقدر على شيء
فمنع ان يقدر على شيء فهو على عمومه الا ما خصه الدليل فوجب الا يقدر
على شيء من التصرف وفيه انه لا يملك **فان قيل** القدرة لا تنبني على جواز
التصرف في حقيقة فان جاز ان يستعمل ذلك اتساعا فالاتساع لا يعرف منه
المراد الا بالدلالة **قيل** له ليس حال اللغة فيما ذكرت على ما قدرت لان
اهل اللغة لا يرجعون في معنى القادر والقدرة الى ما يرجع اليه المتكلمون وانما
يرجعون فيه الى التاتي فلا يمتنعون من القول ان فلانا لا يقدر على كذا
اذا كان لا يتاتى منه سوى كان ذلك وهو مستطيع له وتعذر لفقده الالة
او لفقد الدواعي او لمنع سوى ذلك على وجه من الوجوه او كان غير مستطيع
له واذا ثبت ذلك صح الاستدلال بما ذكرناه من تعذر التصرف
منهم من جميع الوجوه الا ما خصه الدليل والوجه الثاني من الاستدلال
بالاية انه فصل بالواو بين العبد وبين من رزقه رزقا حسنا فهو
ينفق منه فاقتضى الظاهر ان العبد لا يرزق رزقا حسنا ينفق منه
لولا ذلك لم يصح الفصل بينه وبين العبد بالواو الا ترى ان قائلا لو قال
رأيت رجلا مختلا وآخر عاقلا كان الظاهر ان الذي ذكره اولا لا يوصف
بانه عاقل وان الاختلال المذكور من حاله عبارة عن اختلال العقل وان
كان الاختلال لفظه تنصرف الى غير العقل ومما يدل على ذلك قوله
تعالى ضرب لكم مثلا من انفسكم هل لكم من ما ملكت ايمانكم من شركاء
فبين انه ليس فيهم من يشاركنا فيما رزقناه وهذا يقتضي ان يكون
لهم ملك لانه لو جاز ان يكون لهم ملك جاز ان يكونوا شركاء في كثير
من الاملاك **فان قيل** فانه قال فيما رزقناكم والشيء اذا كان ملكا للانسان

لم يصح ان يكون له فيه شريك حر ولا عبد لأن الشركة تقتضي ان ذلك سا
التصرف بماله ليس له ملكا له **قيل** له هذا يخرج الآية من ان تكون
لها فائدة لأن ذلك يستوي فيه الحر والعبد والله تعالى انما قال هل لكم مما ملكت
ايمانكم من شركاء فخص نفي الشركة بيننا وبين ما ملكت ايماننا فدل ذلك
على امر يختص ملك الموالي وليس ذلك الا ما ذهبنا اليه على ان الآية تدل
على ما ذكرناه من وجه آخر وهو انه تعالى اراد ان يبين ان الملك كله له
وانه ليس لنا ملك نستبد به دونه ألا ترى انه تعالى قال وله من في
السموات والارض كل له قانتون الى قوله فيما ملكت ايمانكم من شركاء فلولا ان ما
ملكت ايماننا لا يجوز ان يستبدوا بالملك دوننا لم يصح ضرب هذا المثل ويدل على
ذلك ما اخبرنا به ابو الحسين البروجردي ثنا يوسف بن هرون القاضي ثني علي بن
شعيب واحمد بن يحيى ثنا سفين عن الزهري عن سالم عن ابيه يبلغ به النبي صلعم
قال من باع عبدا وله مال فماله للذي باعه الا ان يشترط المبتاع وثنا محمد بن عثمان
النقاش حدثنا الناصر عن محمد بن منصور عن عباد بن يعقوب عن حاتم بن اسمعيل عن
جعفر عن ابيه قال قال علي عليه السلام من باع عبدا وله مال فماله للذي
باعه الا ان يشترط المبتاع فدل الخبر على ان ما في يد العبد يكون لمالكه ألا ترى
انه جعل المال للبايع دونه في الوقت الذي اضافه الى العبد يبين ذلك انه صلعم
لما جعل مال العبد في حال زوال ملك مولاه عنه لمولاه كان الأولى ان يكون ذلك
لمولاه في حال تملكه اياه **فان قيل** فكيف يصح لكم الاستدلال به
وفيه اضافة المال الى العبد **قيل** له الشيء قد يضاف الى
من هو في يده كما يضاف الى مالكه ألا ترى ان الله تعالى اضاف البيوت
الى النبي تارة والى ازواجه تارة فاذا احتمل ذلك ما ذكرناه وجب ان يحمل
ذلك على انه اضافه اليه لتقريره عليه صلى الله عليه وآله ملكا لبايعه **فان قيل**
فقد قال الله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء
يغنهم الله من فضله والغنى يكون بالملك فدل ذلك على انهم يملكون **قيل**
له يجوز ان يكون المراد به الغنى بالنكاح كما قال تعالى وليستعفف الذين لا يجدون
نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله وهو اولى لأنه خبر وهو لا يقع بخلاف المخبر

وفي الفقراء من يتزوج فلا يستغني بالمال **فان قيل** فقد قال النبي صلى
الله عليه وآله من احيى ارضا ميتة فهي له ولم يستثن حرا من عبد **قيل**
له لا نسلم ان العبد هو المحيي لان كسبه لمولاه فالمحيي اذا هو السيد الا ترى ان
من استاجر اجيرا على ان يعمر ارضا يكون المحيي هو المستاجر دون الاجير لما كان فعله
يقع للمستاجر **فان قيل** فقد روي عنه صلى الله عليه وآله من اعتق عبدا
فماله له الا ان يشرط المعتق **قيل** له هو محمول على المكاتب وكذلك نقول لا خلاف
انه لا يملك بالارث وكذلك سائر جهات الملك والعلة انه جهة بها يملك ولم يجز ان
يكون جهة يملك بها العبد الا ترى ان الارث اقوى وجوه الملك لانه يصير ملكا للوارث
بغير اختياره فلما لم يصح ان يملك من جهة الارث لم يصح ان يملك من سائر جهات
الملك والعلة موقوف يدل على صحة ذلك انه لو خرج من الرق ورث فبان ان المانع
منه هو الرق **فان قيل** فالذمي لا يرث المسلم والمسلم لا يرث الذمي وهذا لا يمنع
من صحة تملكهما الاشيا **قيل** له كل واحد منهما من اهل الميراث لان المسلم
يرث من كان على ملته ويرث المرتد والذمي يرث من كان على ملته فلم تخرج ذمته
من ان يكون الارث جهة تملكه فلا يلزم ذلك على ما ذكرناه **فان قيل** فالمكاتب
لا يملك بالارث والغنم ويملك بغيرهما **قيل** له عندنا ان المكاتب لا يملك ملكا صحيحا
بوجه من الوجوه وان جرى على ما في يده بعض احكام الملك الا ترى انا لا نجيز له ان يطا
جارية يشتريها وكذلك لو اشترى زوجته لم يوجب فسخ نكاحها فثبت بما بيناه ان العبد
لا ملك له فلم يجز ان يتصرف فيما في يده الا باذن سيده واما اذا اذن له سيده
جاز تصرفه فيه وهذا مما لا خلاف فيه واخبرنا محمد بن عثمن النقاش ثنا الناصر
عن محمد بن منصور ثنا محمد بن اسماعيل ثنا وهب بن سهل الاسدي ثنا محمد بن قيس
الاسدي عن بلال العنزي قال ارتفع رجلان الى امير المومنين وقال احدهما ان غلامي
يا امير المومنين ابتاع من هذا بيعا واني اردت عليه فابى ان يقبله فقال علي عليه السلم
اتبعث غلامك بالدراهم يشتري لك لحما بها من السوق قال نعم قال قد اجزت عليك
شراه **مسئلة** قال ولا يجوز بيع الاب على الابن الصغير الا اذا كان متحريا
لنفعه وكذلك القول في الوصي نص في كتاب الزكوة من الاحكام على ان للوصي
ان يتجر في مال اليتيم طلبا لصلاحه ونفعه ونص في كتاب الوصية على ...

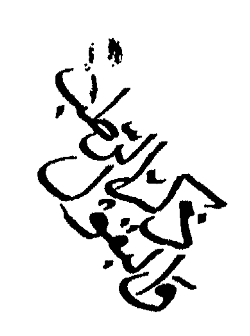


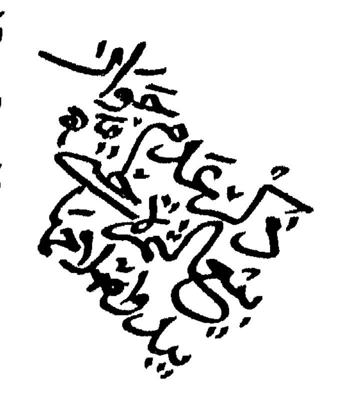
للأب ان يبيع املاك ولده الصغير التي هي العقار ونحوها الا من ضرورة وكذلك
الوصي نص في المنتخب على ان الاب اذا باع الضيعة على الابن الصغير فله
اذا بلغ ان يفسخ البيع ونص فيه في كتاب الشفعة على ان الاب اذا ترك شفعة
ابنه الصغير لعدمه لم يكن له اذا بلغ ان يطالب بها قال فان كان تركها وهو واجد
لثمنها من مال ابنه كان له اذا بلغ ان يطالب بها لان اباه قد ظلمه وترك حقه لغير
علة قال فيه وهكذا القول في الوصي اذا ترك شفعة الصغير فهذه المسائل
تدل من مذهبه على ما حصلناه في اول هذه المسألة ووجهه ان الاب جعلت ولايته
على الصغير ثابتة لصلاح الصغير الا ترى ان غيره ممن يجوز ان تتوجه عليه
التهمة كالاخ والعم لا ولاية لهم في ماله وهو ايضا اذا بلغ وصار بحيث
يستقل بمصالح نفسه زالت ولاية ابيه عنه فاذا ثبت ذلك بما بيناه وجب
ان تكون ولايته عليه ثابتة فيما يؤدي الى صلاح حاله دون ما يضادها اذ
الولاية على ما بيناه ولاية للصلاح وليست ولاية للفساد والوصي في جميع ذلك
قائم مقام ابيه ونائب منابه فلذلك قلنا ان حكمه حكم الاب في البيع على
الصغير ومما يدل على ذلك انه لا خلاف في ان الاب لو باع من مال ابنه الصغير
بدون قيمته بما لا يتغابن الناس فيه ان البيع فاسد فكذلك ما ذهبنا اليه
والعلة انه بيع لم يتحر فيه مصلحة الابن فوجب ان لا يصح من المتولي عليه
فان قيل الستم تقولون ان الاب لو انكح ابنته الصغيرة بدون
مهر مثلها نفذ ذلك فما انكرتم ان ينفذ بيعه عليها وان لم يتحر صلاحها **قيل**
له ليس موضوع ذلك البيع موضوع الانكاح لان الغرض في البيع تحصيل
الثمن وليس الغرض في النكاح تحصيل المهر بل لا يمتنع ان يكون صلاحها في ان تتزوج
من كفو صالح بدون مهر مثلها لان المعتبر في الانكاح هو حال الزوج فبان بما ذكرناه
الفرق بينهما على انه لا خلاف ان البيع بدون القيمة على ما حكيناه لا يجوز

ذكر بيع المراهق

فبان به ايضا الفرق بين الامرين **مسألة** قال ع لا بأس ببيع المراهق الذي
لم يبلغ اذا اذن له وليه وهذا منصوص عليه في الاحكام وبه قال ابو حنيفة
والاصل فيه قول الله تعالى واحل الله البيع وقوله الا ان تكون تجارة
عن تراض منكم وهذه تجارة عن تراض ويدل على ذلك قوله تعالى

وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فامر بابتلائهم فدل ذلك على ما ذهبنا اليه
من وجهين احدهما ان التصرف في البيع والشراء ليعرف فيه حاله من الابتلاء فوجب
ان يكون جائزا بظاهر قوله وابتلوا اليتامى الوجه الثاني ان الابتلاء لا يتم الا به
فصار ذلك كالمنصوص عليه ويدل على ذلك انه مميز محجور عليه فوجب ان
يصح بيعه اذا اذن له فيه من يتولى امره كالعبد اذا اذن له مولاه وفي
البيع على انه اذا ثبت جواز البيع الموقوف بما قد بيناه وجب ان يجوز ما ذهبنا
اليه اذ لم يفرق احد بينهما ولانه تصرف من مميز صح ان تلحقه الاجازة فاشبه
البيع الموقوف **مسئلة** ولا يجوز من بيع الرطب والبقول الا ما ظهر
منها وعرف وهذا منصوص عليه في الاحكام والمنتخب وروى نحوه عن القسم
في الاحكام وبه قال ابو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك انه يجوز بيع
ما لم يظهر تبعا لما ظهر والدليل على صحة ما ذهبنا اليه نهيه صلى الله عليه
وآله عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه يجوز ان يختلف حال ما يظهر لاختلاف
زيادة على ما ظهر ويدل على ذلك ايضا نهيه صلى الله عليه وآله عن بيع
ما ليس عند الانسان وهذا مما لا يصح ان يقال انه عند الانسان وايضا روي عنه
صلى الله عليه وآله وسلم انه نهى عن بيع المضامين وهو بيع ما يتضمنه الشيء
خلفه والعلة انه بيع عين لم توجد ولاختلاف ايضا انه اذا لم يظهر منه
شيء لم يجز فكذلك اذا ظهر بعضه لهذه العلة فان قاسوه على منافع
الاجرة كان تعليله شاهدا لقياسنا لانها ليست اعيانا وان تعلقوا بقوله تعالى
واحل الله البيع وحرم الربا كان ذلك مخصوصا بما قدمناه وليس لهم ان
يقولوا ان الضرورة تدعوا الى ذلك اذ لا ضرورة تدعو اليه **مسئلة**
قال ولا يجوز بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ويؤمن فسادها ولا يجوز بيع شيء
من ذلك بسنين قال وقال القاسم عليه السلام وكذلك القول في ورق
التوت ما ذكرناه او لا منصوص عليه في المنتخب وما حكيناه عن القاسم
منصوص عليه في مسائل النيروسي وروي نحو قولنا عن ابن ابي ليلى وقال
ابو حنيفة يصح جائز وقال الشافعي ان اشترطا القطع جاز والا لم يجز وقال
ن يدين على عليهما السلام اذا اشترطا القطع جاز والاصل في ذلك ما اخبرنا







أخبرنا ابو بكر المقرئ ثنا الطحاوي ثنا علي بن معبد ثنا روح بن عبادة ثنا
زكريا بن اسحق ثنا عمرو بن دينار انه سمع جابر بن عبد الله يقول نهى رسول
الله صلى الله عليه وآله عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه وثنا الحسين البزوري
ثنا عبد الله بن محمد البغوي ثنا علي بن الجعد ثنا عبد العزيز عن الزهري عن سالم
عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وآله انه نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها
وثنا ابو بكر المقرئ ثنا الطحاوي ثنا فهد ثنا عبد الله بن صالح قال اخبرني الليث
قال حدثني يحيى بن ايوب عن حميد الطويل عن انس ان النبي صلى الله عليه وآله
قال لا تبايعوا الثمار حتى تزهو قلنا وما تزهو قال تحمر او تصفر ارأيتم ان منع الله
الثمرة بما يستحل احدكم مال اخيه وروى نحوه زيد عن ابيه عن جده عن علي
عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله أخبرنا ابو الحسين بن اسماعيل ثني
محمد بن الحسين بن اليمان ثنا محمد بن شجاع ثنا روح عن ابن جريج عن عطا عن جابر
ان النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها فكل هذه
الاخبار نصوص في صحة ما ذهبنا اليه **فان قيل** يحتمل ان يكون المراد
به بيع الثمار قبل حدوثها حتى يكون بائعا ما ليس عنده فقد روي عن سمرة
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع السنين **قيل**
له الظاهر انه نهى صلى الله عليه وآله عن بيعها حتى يبدو صلاحها ولا يجوز
حمله على ما ذهبتم اليه لانه يبطل تحديد البيع الى حين بدو الصلاح لانه يقتضي
على قولكم **قيل** له ذلك حين حدوث الثمرة فالواجب اذا حمل
النهي عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها على ظاهرها والنهي عن بيع السنين على
ظاهره من غير ان يعترض باحدهما الآخر **فان قيل** ما تنكرون ان يكون
خبركم مخصوصا بخبرنا **قيل** له التخصيص اذا لم يكن استعمال الخبرين
على ظاهرهما فاما اذا امكن ذلك فلا وجه للتخصيص على ان خبركم لو خص
به على خبرنا لم يكن ذلك تخصيصا بل كان نسخا لان خبرنا اقتضى تحديد
المنع من بيعها الى حين بدو صلاحها وخبركم متى اعترض عليه اقتضى ابطال هذا
التحديد وهذا هو النسخ فبطل ما اعتمدوه **فان قيل** فقوله صلى الله عليه وآله
ارأيتم ان منع الله الثمرة بما يستحل احدكم مال اخيه يدل على انه قصد

ينظر هنا

النهي عن بيع ما لم يوجد **قيل له** يحتمل ان يكون المراد ما ذهبنا اليه
و يكون ذلك تنبيها على فساد بيعها في تلك الحال لكون المقصود به التبقية
واذا احتمل ذلك لم يجز حمله على ما ذهبوا اليه و لا وجه لقياسهم
في هذا الباب لانه يؤدي الى ابطال التحديد الذي ثبت عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم
الا ترى انهم يسوون بين حاله قبل بدو صلاحه وبعده و ذلك يبطل
التحديد به فاما الشافعي فهو وافقنا على فساد بيعها ما لم يشترط القطع فلذلك
اذا اشترط و العلة انه بيع ثمرة لم يبن صلاحها و هذه العلة يعضدها
لفظ النبي صلى الله عليه وآله و الاصول تشهد لنا لانا لم نجد في الاصول
بيعا فسد بترك اشتراط تسليم المبيع الا و اشتراط تسليمه غير مؤثر في
صحته **فان قيل** العلة في فساده العرف يقتضي تركه متى اطلق البيع
واذا اشترط القطع زال ذلك **قيل** له لو سلمنا لكم علتكم لم تقدح
في علتنا لانا نقول بهما فيما اطلق بيعه من ذلك و نقول بعلتنا فيما اشترط
فيه القطع واما ما ذكرناه من ابطال بيعها سنين فهما لا اختلاف فيه لانه
بيع الغرر و بيع ما ليس عندك و بيع ما لم يوجد و لا وجه لان نستقصي
فيه لانه وفاق وقلنا ان ورق التوت حكمه حكم الثمرة لانه في معناها
وطلبه لا نتفاع فيها على وجه واحد فلا غرض في اعادة القول فيه

مسألة قال و لا يجوز بيع اللبن في الضرع و لا بيع ما في بطون الانعام
و لا ما على ظهورها من الجلد و الصوف و الشعر و الوبر و لا بيع الحيتان في الآجام
و الانهار كل ذلك بيع الغرر جميعه منصوص عليه في الاحكام و به قال ابو حنيفة
غير الجلد فانه منصوص عليه في المنتخب وان كان قد نبه عليه في الاحكام
و به قال ابو حنيفة وانما قلنا ان بيع اللبن في الضرع لا يجوز لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم
من النهي عن بيع المضامين وهو اللبن مضمونا في غيره و ذكر ابو عبد الله البصري
انه قد روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه نهى عن بيع اللبن في الضرع و لان
سبيله سبيل الولد في بطن امه لانه مضمون خلقه وقلنا ان بيع الولد في بطن
امه لا يجوز لنهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع المضامين ولما روي من نهيه
عن بيع الملاقيح و عن بيع حبل الحبلة فاما ما على ظهور الانعام من الجلد و الصوف



وَالشعر والوبر فقلنا لا يجوز بيعه لأنه لا يمكن استيفاؤه وتسليمه
فأشبه العضو من أعضائها فأما الحيتان في الآجام والأنهار فلا يجوز بيعها لوجهين
أحدهما أنها مباحة غير مملوكة لا يجوز بيعها ما لم تملك والثاني تعذر تسليمها فإن
كانت اصطيدت وملكت ثم أرسلت في ماء يمكن أن تؤخذ منه على غير وجه الصيد
كأن يرسل في ماء يسير فإن بيعها جائز نص عليه زيد بن علي وقول يحيى يتناوله
لأنه ذكر ما كان منها في الآجام والأنهار وما روي من نهي النبي صلى الله عليه وآله
عن بيع الغرر يتناول جميع ما ذكرنا **مسألة** قال وإن باع ناقة واستثنى
ما في بطنها أو استثنى جلدها أو قلبها أو نحو ذلك إذا كان عضواً معلوماً كان ذلك
جائزاً كل ذلك إذا كان المبيع قد ذبح قبل البيع تخريجاً وهذا منصوص عليه
في المنتخب وقلنا تخريجاً لأن جواز ذلك إذا كان مذبوحاً للتنصيص فيه على أنه
لا يجوز بيع الجلد على الثور وهو قائم فإذا لم يجز ذلك كان الأولى أن لا يجوز بيع اللحم
وهو قائم والبائع إذا استثنى الجلد فكأنه باع ما سواه فإذا لم يجز البيع في الأقل
فالأولى أن لا يجوز في الأكثر والمراد بقولنا في هذه المسألة إن باع واستثنى ما في
بطنها مقصوراً على ما سوى الولد من الكبد والكرش ونحوها للتنصيص في المنتخب
على جواز بيع الناقة واستثناء ولدها وهذه الجملة لا أحفظ فيها خلافاً لأن إجازة
البيع في المذبوح ولا في منعه في الحي أما وجه إجازته في المذبوح فهو أنه إذا ذبح
لم يتعلق حكم بعض أعضائه ببعض فيجري مجرى شيئين منفصلين في أنه يجوز
بيع أحدهما دون صاحبه ويجري مجرى أشياء منفصلة في أنه يجوز بيعها مع استثناء
بعضها وأما وجه منعه في الحي فهو أن أعضاء الحي لا يجوز أن تفرد بشيء من الأحكام
لأن جملته في حكم الشيء الواحد فلم يجز أن يستثنى منه لأن ذلك يقتضي إفراده
بالحكم وذلك يتعذر على أن ما روي عنه صلى الله عليه وآله من نهيه عن بيع
الغرر يتناول ذلك لأنه لا سبيل إلى تسليم المبيع دون المستثنى على وجه من
الوجوه ولا يلزم عليه الجزء الشائع في الجميع لأن ذلك صحيح إفراده بالبيع والهبة
والإرث والإجارة وكذلك التسليم **مسألة** فإن باعها واستثنى منها
أرطالاً معلومة كان البيع فاسداً وإن باع واستثنى ربعاً أو ثلثاً أو جزءاً معلوماً
منه جاز البيع في الحي والمذبوح جميعه منصوص عليه في المنتخب وهو أيضاً قياس

ذكر بيع الناقة واستثناء ما في بطنها

لا احفظ فيه خلافا واما اذا باعها واستثنى ارطالا معلومة فوجه فساد
البيع ان المبيع منه يصير مجهولا لان الاستثناء اذا كان ارطالا معلومة
لم يدر مقدار الباقي والبيع انما تناوله دون المستثنى فلما اقتضى ذلك جهالة
المبيع والجهالة تقتضي فساد البيع واما وجه صحة البيع مع استثناء الجزء الشائع
في المبيع كالنصف والثلث والاقل والاكثر فهو انه يصح افراده في الارث الاحكام
ويصح افراده بالملك الا ترى ان الوارث قد يرثه دون ما عداه وكذلك يتاتى
فيه الهبة والبيع والاجارة فوجب ان يصح استثناؤه الا ترى انه لو باع المستثنى
منه منفردا عن المستثنى لصح البيع فكذلك اذا باعها واستثنى ما في بطنها من الولد
كان البيع جائزا ووجب على المشتري للبائع رضعة الى ثلاث رضعات ترضعها
الناقة فصيلها اذا انتجت وجميعه منصوص عليه في المنتخب وهو ايضا مما لا
اختلاط جزءا شائعا في جميعه **مسألة** قال ولو باع ناقة حية و
واستثنى [٢٣] اما ما ذهبنا اليه من اجازة بيع الناقة مع استثناء ما في بطنها
من الولد فاكثر العلماء على خلافه لان البيع فيها يفسد ووجه قولنا قول الله تعالى
واحل الله البيع وعمومه يقتضي صحة البيوع اجمع الا ما منع منه الدليل ثبت
فان قيل لسنا نسلم انه بيع حتى يجب دخوله تحت العموم **قيل**
له لا التباس ان اسم البيع منطلق عليه من جهة اللغة واذا كان ذلك كذلك
وجب ان يتناوله العموم ولم يجب ان يراعى تسليم من يسلم انه بيع او امتناع من
يمتنع منه وانما يراعى ذلك في الاسماء الشرعية دون الاسماء اللغوية والبيع
هو من اسماء اللغة فوجب بما بيناه صحة ما ذكرناه ويدل على ذلك قوله تعالى
ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وهذه
تجارة عن تراض فوجب ان يكون صحيحا **فان قيل** نهيه عن بيع الغرر
يقتضي فساد هذا البيع وتخصيص ما اعتمدوه من العموم **قيل** له ذلك
لا يتناول ما اختلفنا فيه لان الغرر انما يكون في المستثنى فاما المستثنى منه
وهو الذي تناوله البيع فلا غرر فيه فوجب ان يكون صحيحا والا يعترض هذا
الخبر ومما يدل على ذلك ما اجمعنا من ان الولد في بطن امه يصح ان يفرد ببعض من
الاحكام كالوصية والعتق لانه لا خلاف انه يجوز الوصية بما في بطن الجارية

وكذلك يجوز عتق ما في بطن الجارية [والناقة] دون الام [دون الأم] فلما كان ذلك كذلك وجب ان يصح استثناؤه عن الام دليله الارض تباع وفيها الاشجار ان الاشجار كما يصح افراده بالحكم صح استثناؤها عن بيع الارض ولم يجر به فساد الارض العقد وكذلك ما اختلفنا فيه يدل على صحة علتنا ان ما لا يصح افراده بشيء من الاحكام كالعضو لم يصح استثناؤه في البيع فان قاسوه على العضو بعلة انه لا يجوز افراده بالبيع لم يصح وذلك لان افراده بالبيع لم يصح لما فيه من الجهالة والغرر ولا يصح ان يكون المستثنى في هذا الباب كالمبيع المستثنى منه لان الجهالة والغرر انما يفسدان البيع متى حصلا فيه فاما حصولهما في المستثنى منه لان الجهالة والغرر فلا يوجب فساد المستثنى منه على ما بيناه **فان قيل** جاز ما ذكرتم في العتق والوصية لجواز ثبوتهما مع الاخطار والغرر **قلنا** لا يلزمنا لانا لا نجوز بيع الولد في بطن امه وانما جوزنا استثناءه والاستثناء يثبت فيما لا يثبت فيه البيع **فان قيل** اليس عندكم من باع شيئا واستثنى منه شيئا مجهولا يكون بيعه فاسدا فما الفرق بين ذلك وبين بيع الناقة واستثناء ولدها **قيل له** لسنا نعتبر بكون المستثنى معلوما او مجهولا وانما اعتبرنا في فساد البيع بالاستثناء ان لا يكون الاستثناء يوجب جهالة في المعقود عليه الا ترى ان من باع مسلوخة واستثنى ارطالا معلومة من اللحم يكون بيعه فاسدا وان كان المستثنى معلوما لما كان مؤديا الى الجهالة في المبيع فثبت ان اعتبارنا في صحة العقد وفساده مع الاستثناء هو كذلك وثبت ان استثناء الولد لا يوجب جهالة في الام لم يفسد بيعها على ما بيناه وسقط الالزام الذي ذكروه ووجه قولنا ان على المشتري البائع ان يمكن [الناقة] ان ترضع الناقة فصيلها رضعة الى ثلاث رضعات قوله صلى الله عليه وآله لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ومن المعلوم ان الفصيل ان قطع عنه اللبا ولم يرضع منه شيء فالاغلب انه يتلف فعلى المشتري ان يمكن من ذلك ايضا ولا خلاف ان من خاف على نفسه التلف من الجوع فله ان يتناول من طعام غيره ويضمن ويجب على صاحب الطعام تمكينه منه فكذلك حال صاحب الفصيل لانه احياء نفس والذي يجب فيه ان يضمن البائع المشتري قيمة ذلك اللبن

وان لم يكن منصوصًا لانه لا يصح استباحة ملك الغير بلا عوض عند خشية تلف نفس ابن آدم فاولى ان لا يجيز ذلك عند خشية تلف الفصيل

مسئلة (١١) قال ولا باس ببيع الصوف على الجلد وهذا منصوص عليه في الاحكام ويجب ان يكون المراد بذلك اذا كان الحيوان غير حي لتصيصه في الاحكام انه لا يجوز بيع ما على ظهورها من الصوف والشعر والوبر ووجه ما قلنا انهما ليس بحي انه اذا لم يكن حيًا لم يتعلق حكم بعضه ببعض بجريه مجرى الشيئين المنفصلين في انه يجوز بيع احدهما دون الآخر وان كان بينهما اتصال الا ترى ان جواز بيع اذرع من الثوب كجواز بيع احد الثوبين دون الآخر وليس كذلك اذا كان على الحي لانه لا يمكن استيفاؤه كملا لما يلحق البهيمة من الضرر في ذلك فاذا لم يكونا اعني الجلد والصوف في حكم المنفصلين

مسئلة (١٢) قال ولا باس ان يبيع الارض ويستثني زرعها والنخل فيستثني ثمرها والشاة او يستثني لبنها ولا باس ان يبيع الجارية ويعتق ما في بطنها جميع ذلك منصوص عليه في المنتخب فاما قول يحيى لا باس ببيع الارض مع استثناء زرعها فيجب ان يكون محمولًا على احد وجهين احدهما ان يقال فيه انه عبر بالزرع عن الغرس على سبيل التجوز والثاني ان يكون فيمن باع ارضًا مع ما فيها من الزرع ثم استثنى شيئًا من جملة الزرع لان الارض اذا اطلق بيعها لم يدخل الزرع ودخلت الاشجار ذكر ذلك ابو العباس الحسني في النصوص وهو مما لا احفظ فيه خلافًا فلا معنى لقول من قال يجوز بيع الارض واستثناء الزرع الا على الوجهين اللذين ذكرناهما لان الاستثناء انما يصح فيما لولاه لدخل في جملة المستثنى منه وهذا مما لا خلاف فيه وكذلك لا اختلاف في جواز بيع النخل واستثناء ثمرها اذا وقع العقد على وجه يقتضي اشتمالها على الثمر فاما بيع الجارية واعتاق ما في بطنها من الولد فلا فالكلام فيه هو الكلام الذي تقدم في بيع الناقة واستثناء ما في بطنها من الولد فلا غرض في اعادته وبيع الشاة واستثناء لبنها مبني على هاتين المسئلتين اعني بيع الناقة واستثناء ما في بطنها من الولد وبيع الجارية واعتاق ما في بطنها فالكلام فيه نحو الكلام

في المسئلتين

في المسألة الثانية **مسألة ١١** قال ولا يجوز بيع الكلب قال م و قال القاسم
الا ان يكون كلبا ينتفع به في زرع او ضرع او صيد قال القاسم لا بأس ببيع الهر
ونص يحيى في الأحكام على تحريم ثمن الكلب ونص القاسم في النيروسي على ان ثمن
الكلب يحل اذا كان كلب صيد او ماشية او زرع وانما ان يبني قول يحيى على
قول القاسم عليهما السلام ثم تأملناه فصل لنا تأمل فلم نجد في كلام يحيى ما يقتضي
ذلك فالأولى ان تكون المسألة خلافا بينهما فوجه ما يذهب اليه يحيى عليه السلام
من عدم جواز بيعه ما اخبرنا ابو بكر المقري ثنا الطحاوي ثنا يونس ثنا سفيان عن
الزهري عن ابي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن ابي مسعود ان النبي
صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وثنا ابو بكر
المقري ثنا الطحاوي ثنا فهد ثنا ابو غسان ثنا زهير بن معاوية ثنا عبد الكريم الجزري
عن قيس بن حبيب عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله قال ثمن الكلب حرام
وثنا المقري ثنا الطحاوي ثنا ابن ابي داود ثنا عمرو بن خالد ثنا ابن لهيعة عن عبيد الله
بن ابي جعفر ان صفوان بن سليم اخبره عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلعم
نهى عن ثمن الكلب وان كان ضاريا **فان قيل** هذا كان في وقت امر النبي
صلى الله عليه وآله بقتل الكلاب ثم نسخ ذلك بان اذن صلى الله عليه وآله وسلم
في اقتناء كلب الماشية والزرع والصيد نسخ ما رويتموه **قيل** له الامر انما
ورد في الاقتناء دون البيع ولم يرد في شيء من الاخبار الاذن في البيع فكيف
يدعى نسخ ما رويناه على ان ابن عمر روى ان رسول الله صلى الله عليه وآله انه
امر بقتل الكلاب الا كلب صيد او كلب ماشية ثم روينا عنه صلى الله عليه وآله
النهي عن ثمن الكلب وان كان ضاريا فدل ذلك على ان النهي عن ثمن الكلب كان
قائما مع اباحة اقتنائه فدل ذلك على سقوط ما ادعوه من النسخ **مسألة**
قال ولا يجوز بيع العذرة ولا الميتة ولا الخمر وهذا مما لا خلاف فيه ويدل على ذلك
قول الله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم وقوله انما الخمر والميسر والانصاب الى
قوله فاجتنبوه والمنع والتحريم يتعلقان بالتصرف فيها وهما عامان في جميع
التصرف والبيع من جملة التصرف فوجب تحريمه والمنع منه وروى زيد بن
علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام قال نهى رسول الله صلعم

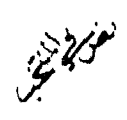
عن بيع العذرة والخنزير والخمر **مسئلة** قال القاضي عليه السلام ولا يستحب بيع العصير والعنب ممن يتخذهما خمرًا فان باعهما منه جاز البيع ووجه الكراهة انه عون له على الاثم والفعل الحرام وقد قال الله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ووجه جواز البيع انهما مباحان يجوز الانتفاع بهما فاشبه بيعهما بيعهما ممن لا يتخذهما خمرًا وقد قال الله تعالى واحل الله البيع وقال ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض وهذه تجارة عن تراض **فان قيل** فهلا ابطلتموه لانه عون على الاثم والعدوان **قيل** له ليس ذلك بعون على التحقيق لان المعين لا يكون معينًا الا اذا قصد الاعانة على الاثم على وجه التسبيب بالعون من حيث مجاز تمليكًا ولهذا لا نقول ان الله يعين على المعاصي وان اقدر عليها ومعنى قولنا انه عون على الاثم على التقريب والتشبيه بالعون من حيث جاز تمكينًا منه لولا ذلك كان محرمًا ولم يكن مكروهًا **مسئلة** قال ولا يجوز بيع ما عقد عليه الاجارة دون انقضاء مدتها فان كان البائع مضطرًا انقضت الاجارة وجاز البيع معنى قولنا لا يجوز بيع ما عقدت عليه الاجارة ان بيعه لا يتم الا بتسليم المبيع لان تسليمه لا يصح لحق المستاجر يدل على ذلك ان المبيع لو تلف قبل التسليم تلف من مال البائع يدل على ذلك على ان البيع لم يتم وليس المعنى انه لا يصح لانه انما قال في المنتخب البائع ان كان موسرًا كان الكرى على حاله ولم يقل ان البيع يبطل ووجه قولنا انه ان كان البائع مضطرًا انتقضت الاجارة وجاز البيع ومعناه تم ونفذ وصح التسليم لان الذي منع من التسليم انما كان حق المستاجر فاذا انتقضت الاجارة وبطل حق المستاجر لم يكن هناك مانع من التسليم فصح التسليم وتم البيع فاما اذا باعها لا عن ضرورة فالاقرب على مذهبنا ما روي عن ابي يوسف انه يكون عيبًا في المبيع فان رضي به المشتري صبر حتى تمضي مدة الاجارة ويسلم وان لم يرض انفسخ البيع وذلك ان تعذر التسليم فيه في الحال اكثر ما فيه انه يوجب نقصانًا فيه فوجب ان يجري مجرى سائر العيوب وليس كذلك حال بيع العبد الآبق لان ذلك مما يتعذر تسليمه من غير توقيت فيجب ان يكون المشتري الخيار في فسخه وان كان علمه حين اشترى ورضي به المستاجر يصح تسليمه بعد

انقضاء مدة لا معلومة فتعذر التسليم انما هو مدة لا معلومة فهو كالغيب وفي الآبق
لاحدة لتعذر التسليم فكأنه ممنوع منه تمام البيع وحكي عن ابي حنيفة ان للمستاجر
منع المشتري ونقض البيع عليه وعن محمد عن ابي حنيفة انه ليس للمستاجر نقض
البيع ولكنه ان اجاز البيع كان في ذلك ابطال ما بقي من الاجارة قال ابو بكر الجصاص
لا وجه لما حكي عن ابي حنيفة اولا وذلك ان حق المستاجر يتعلق باستيفاء
المنافع وهو يمكنه استيفاؤها مع بقاء البيع وقال ابو بكر والصحيح ما رواه محمد
عن ابي حنيفة وهذا غير بجيد لانه اذا اجاز البيع فقد اجازه اتمامه وتنفيذه وفي ذلك
تسليم البيع واذا رضي بتسليمه فقد رضي بابطال حقه المتعلق به من استيفائه منافعه
وشبهه بمن باع عبدا فأبق قبل التسليم في ان المشتري ان شاء صبر حتى تنقضي المدة وان شاء
فسخ البيع والاصح عندي ما حكينا للفرق الذي بينا **مسألة** قال ولو ان رجلا
باع عدلا على ان فيه مائة ثوب او اقل او اكثر فوجده المشتري على ما اشتراه كان ذلك
جائزا فان وجده زائدا كان اجازة ايضا البيع ورد على البائع ما زاد من الثياب وقطعه
وان وجده ناقصا كان البيع منتقضا اما ورد على البائع اما اذا وجده على ما اشتراه
فلا خلاف في جواز بيعه واما اذا وجده زائدا فعند اصحاب ابي حنيفة ان البيع فاسد
وحكي عن ابن سريج انه ان كان الخيار للبائع في تسليمه بعضه بالثمن وفسخ البيع وان
نقص كان الخيار للمشتري في ان يرضى به بجميع الثمن او ان يفسخ البيع ووجه ما قلنا
من فساد البيع في الزيادة ان الذي افسده من اصحاب ابي حنيفة انما افسده التفاوت
الواقع فيه بدلالة انه لا خلاف بيننا وبينهم في ان من باع صبرة على ان فيها مائة قفيز
بر فوجدها تزيد قفيزا واحدا ان البيع يصح في المائة ويرد القفيز الزائد واذا كان
ذلك كذلك كان يكون الوسط مثلا للتفاوت فوجب ان يصح البيع الا ترى ان كل ما
قصد فيه رفع التفاوت يقصد فيه الى الوسط كمهر المثل وزكاة الماشية انه
يؤخذ فيها الوسط وما اشبه ذلك وان ثبت ذلك

بياض

تناوله وصح رفع الزائد مع ازالة التفاوت فاشبه بيع القفيزان وذكر ابو العباس
وجها آخر وهو انه قال متى وجب حمل بياعات المسلمين وعقودهم على الصحة ما امكن
وجب حمل هذا العقد على انه باع من الجملة ما يتجزأ من مائة جزء وجزء شائع لانه لو باع
على هذا الوجه وصرح به لصح البيع بالاجماع فيجب حمل العقد على هذا الوجه ويجب ان يكون

لان ما يرده على سبيل القيمة وليس لاصحاب ابي حنيفة ان ينكروا ذلك من
حيث صح صرف العقد الى ذلك وكذلك ما اختلفنا فيه ويؤكد ذلك بالظواهر لقول
الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود وقوله الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله [واحل الله البيع]
فاما ما حكي عن ابن شريح ان البائع مخير بين تسليم الجميع بالثمن وبين فسخ البيع فلا
معنى له لان العقد لم يتناول الجميع فكيف يحكم بالتسليم بحق العقد وليس الزائد مما
يصح ان يقال انه يدخل في العقد على سبيل التبع كالزوائد التي تتصل من المبيع
او ما له من الحقوق فاما ان نقص فيجب ان يفسد البيع لانه بيع ما ليس عنده الذي
نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عنه وصار ما تناول له العقد مفقودا فاشبه
ان يبيع ثوبا ليس بموجود في الغالب فوجب فساده ولا معنى لما حكي عن ابن شريح من
تثبيت الخيار للمشتري لان ما انطوى عليه العقد ليس بحاصل والتخيير يصح بعد
حصول ما ينطوي عليه العقد **مسألة** قال ولا باس ببيع الشيء عددا كل قدر
منه بثمن معلوم وكذلك اذا اشترى ذلك في ظرف وقد عرف وزنه وطرح قدره كان
ذلك جائزا وكان ابو حنيفة يقول فيمن اشترى صبرة من طعام على ان كل قفيز
بدرهم ان البيع يصح في قفيز واحد منها وقال ابو يوسف ومحمد يصح البيع في الجميع
والذي يقتضيه اطلاق اصحابنا في الشيء يباع عددا وهو ان يكون قولنا في المكيل
كقول ابي يوسف ومحمد لان العدد في هذا الباب كالكيل في المكيل ووجه صحة
ذلك ان المبيع مما يجب صحة بيعه وليس فيه الا كون جملة الثمن غير معلومة
وهي تصير معلومة بالعدد في المعدود والكيل في المكيل فيجب ان يكون البيع
صحيحا دليله بيع التولية وبيع المرابحة الا ترى ان من قال بعتك هذه السلعة
براس المال او بربح عشرة لاثني عشر يصح بيعه وان كان حين وقوع البيع جملة
الثمن غير معلومة لانها تصير في الحال الثانية معلومة فكذلك ما اختلفنا فيه
واما بيع الموزون في الظرف بوزن معلوم فيجب ان يصح اذا كان وزن الظرف
معلوما وطرح مقداره لان البيع يكون وزنه معلوما في ان وزن المبيع يكون ينظر
معلوما لانه لا فصل بين ان يوزن شيء مائة وزن وبين ان يوزن مع غيره مائة
وعشرة اذا كان ذلك الغير قد علم وزنه عشرة **مسألة** قال ولا باس
ببيع العرصة مع الحائط المحيط بها مذارعة فاما السقوف فلا يجوز بيعها مذارعة



نص في المنتخب على هذا فقال اذا اشترى رجل عرصة لدار مع الجدار المحيط
انه كل ذراع بشيء معروف صح الشراء ووجهه ما قدمناه في شراء الشيء عددا
كل قفيز منه بثمن معلوم ولأن هذا ايضا يصح شراؤه وذلك ليس فيه
الجهالة القدر وهي نصفه معلومة بالذرع قال ابو العباس الحسني فان قال بعتك
على انها كذا ذراعا بكذا صح فان وجدها زائدا كان عليه قسط الزائد من الثمن
وان نقص بطل لأنه رحمه الله يشبهه بما نص عليه في المنتخب في شراء الثياب
في العدل كل ثوب بكذا في باب الصحة والبطلان وليس ذلك ببعيد وفصل
بينه وبين شراء الثوب في انه لم يوجب تركه على البائع كما اوجب في
الثياب لأنه علق البيع على الذرعان وفي الثياب علق البيع

كذا

على البائع كان قد دخل الضرر على البائع لأن الذراع
الواحد ربما لم ينتفع به فليس كذلك الثوب الواحد فانه ينتفع به والله
اعلم قال ابو العباس الحسني رضي الله عنه فان باعه الدار على انها مائة ذراع فوجدها
زائدة وجب البيع ولم يلزم المشتري شيء للزيادة قال لانه اشترى عبدا على
انه اعور فوجده سليما لا شيء على المشتري بدلا من العين الاخرى ونص في المنتخب
فساد بيع السقوف مذارعة وعلل ذلك بالتفاوت بين الخشبات في الجودة
والرداءة والقلة والكثرة والحسن والقبح وليس كذلك بيع العرصة
والجدار وليس فيهما من التفاوت ما هو في السقوف **مسألة** قال ولو ان
رجلا اشترى من رجل متاعا فقال اخذته منك بمثل ما يبيع الناس كان البيع
صحيحا ان كان صاحب المتاع باع صدرا منه بثمن معلوم على سعر واحد ولم السعر
تغير فان كان البائع لم يبع منه شيئا كان البيع فاسدا لأنه غرر ولو كان باعه
باسعار مختلفة كان ايضا فاسدا تخريجا نص في المنتخب على فساد هذا البيع
اذا لم يكن باع منه شيئا وعلل فساده بان قال اذا لم يكن باع منه شيئا يكون الثمن
مجهولا ونص على صحته اذا علم الثمن بما تقدم من البيع وقلنا تخريجا ان كان باعه
باسعار مختلفة يفسد البيع لأن الثمن يعود مجهولا ووجه صحة البيع ان لفظة
المستقبل استعملت فيما كان في الفعل اذا كانت الافعال كثيرة وان كان
مضى منها فيقال فلان يصلي وفلان يزرع وفلان يخيط فيكون ذلك متعارفا

الى ما يبيع على الاستقبال لان الثمن يكون مجهولا ولانه يؤدي الى الغرر

مسألة قال ولو ان رجلا ورث سهاما من ضيعة او حوانيت فباعها من غيره قسمة السهام كان البيع جائزا اذا كانت السهام معلومة فان لم تكن معلومة فسد البيع وذلك ان ذكر السهام ليكون نصيبه الذي يتناوله البيع معلوما فاذا كان ذلك معلوما صح ان يقول بعت نصيبي الذي ورثته من فلان لانه اذا كان ورث الثلث او النصف او ما دونهما او فوقهما وكان ذلك معلوما للبائع والمشتري فلا فرق بين ان يذكر في البيع النصيب بالسهام وبين ان يقول نصيبي الذي ورثته فلما لم يكن بين العبارتين فرق صح البيع باحدى العبارتين ويجب ان يصح بالاخرى اذا كانت السهام معلومة اما اذا لم تكن السهام معلومة لواحد منهما فوجب ان يفسد لان البيع يكون مجهولا لاحدهما اولهما وذلك مفسد للبيع

مسألة ولو ان رجلا اخذ من رجل طعاما او غيره لا بكيل او وزن او عدد لم يكن ذلك بيعا فان اخذه بدراهم معلومة كان ذلك بيعا ولا فرق بين ان ياخذ ذلك دفعة او دفعتين في المسألتين جميعا كان القياس ان لا يكون بيعا لانه لم يحصل فيه ايجاب وقبول والعقود من البيوع وغيرها لا تصح الا بالقبول والايجاب بالفاظ موضوعة لذلك الا ان اصحابنا اجازوا ذلك في اشياء المحقرات كالمأكول نحوه لما جرت العادة بين المسلمين وظهر تعاملهم به على السلف والخلف وهو المحكي عن اصحاب ابي حنيفة وذلك ما اجمع عليه المسلمون على ان الهدايا لا تحتاج الى لفظ القبول والايجاب وكذلك اجمعوا على التسمح (التسمح) في دخول الحمام وان لم يكن هناك موافقة على مقدار الاجرة لما ظهر من تعامل المسلمين به فكذلك ما ذكرناه للعلة التي بيناها

مسألة قال ولو ان رجلا قال للبقال لت لي هذا السويق باوقية دهن فلته باوقيتين لم يجب عليه الا ثمن اوقية وكان في الثانية متبرعا وان كان قال لته ولم يسم الاواقي وجب عليه قيمة ما يلته به الا ان يجاوز في ذلك حتى يفسد السويق فانه يضمن السويق لصاحبه قلنا انه في الثانية متبرع لانه صب عليه من الدهن ما لم يامره به صاحبه فيجري مجرى ان يصب عليه ابتداء في انه لا يستحق به شيئا لانه متبرع وحكمه في الثانية حكم الابتداء ولان صاحب السويق امره بالاوقية الاولى فقط وقلنا انه اذا قال لته ولم يسم الاواقي فعليه قيمة جميع ما يصب عليه

كذا

من الدهن

من الدهن لأنه اذا اذن له بلفظ عام فهو يتناول جميع ما يصبه عليه ما لم يفرط
حتى يفسده فلذلك اوجبنا قيمة الجميع لأنه اذا افسد السويق بكثرة الدهن
ضمنه لصاحبه لأنه افسد ملك غيره بغير اذنه فيجب ان يضمنه **مسألة**
قال ولو ان رجلا اشترى من رجل سلعة ثم كرهها واستقال البايع فأبى ان يقبله الا
ان يحط من الثمن شيئا لم يجز ذلك لأن الاقالة لا تكون الا بالثمن كله فان ترك المستقيل
شيئا من الثمن من غير ان يشترطه المقيل جاز ذلك نص على ذلك في الأحكام والمنتخب
جميعا ووجهه ان الاقالة عنده بيع مستأنف وهي جارية مجرى التولية في انها عقد
بجميع الثمن فاذا قال اقلتك هذه السلعة على ان تعطيني كذا وكذا كان ذلك فاسدا لأنه يجري
مجرى ان تقول بعتك هذه السلعة بعشرة على ان تعطيني درهمين فيفسد البيع لجهالة الثمن
لأنه لا يجوز ان يكون الثمن عشرة لأن المشتري لم يرض ولا ان تكون ثمانية لأن العقد
لم ينعقد عليها وكذلك اذا قال اقلتك والثمن عشرة كأنه قال اشتريت منك بعشرة
على ان تعطيني درهمين فوجب فساد الاقالة لأن ما تقع الاقالة به وهو الثمن يصير
في حكم المجهول وقلنا ان المستقيل اذا ترك شيئا باختياره صح ذلك لان ذلك لم
يعترض فوجب ان تصح الاقالة **مسألة** قال واذا باع شيئا نظرة
لم يجز ان يبتاعه من المشتري باقل من ثمنه الا ان تكون السلعة قد نقصت فانه
لا باس به نص عليه في الأحكام والمنتخب جميعا والأصل فيه ما روي ان امرأة
سألت عائشة فقالت اني بعت من زيد بن ارقم جارية بثمانمائة درهم الى العطاء ثم اشتريتها
بستمائة درهم فقالت بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله قد ابطل
جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله فدل هذا الخبر من وجهين على انها قالت ما
قالته بنص عن رسول الله صلى الله عليه وآله احدهما ان الوعيد لا يلزم الصحابي
اذا خالف الصحابي فيما طريقه الاجتهاد ولم يكن مخالفة للنص فلما الزمته ذلك دل ذلك
على ان زيدا خالف النص والثاني ان مقادير اجزاء الثواب والعقاب لا يمكن العلم بها
الا من طريق النص وقولها ان الله قد ابطل جهاده يدل على ان اجزاء العقاب على الفعل
كانت اكثر من اجزاء ثوابه وهذا لا بد من ان يكون طريقه النص **فان قيل**
ما انكرتم ان يكون الوعيد منصرفا الى البيع الى العطا **قيل** له ظاهر كلامها
ان الوعيد منصرف الى الأمرين لأنها قالت بئس ما شريت وبئس ما اشتريت على ان البيع

الى العطاء مما اختلف فيه الصحابة وظاهر كلام عائشة يدل على انها اجازته
لانه لو لم يجز لكان البيع الثاني فسخا له **فان قيل** فما السبب الذي من اجله
انكرت البيع الاول **قيل** له يحتمل ان تكون علمت ان البيع الاول وقعا
ليتوصلا به الى البيع الثاني المحظور ومن اصحابنا من قال انكرت البيع الاول لانه
انطوى على الزيادة وهذا عند يحيى بن الحسين جنس من الربا على ما مضى القول فيه
فان قيل انكم ابطلتم فعل زيد لقول عائشة وادعيتم انها قالت ما قالت
على النص فما تنكرون على من قال ليس لكم ان تبطلوا قول عائشة بفعل زيد وندعي
انه فعل ما فعل عن النص **قيل** له ليس في فعل زيد ما يدل انه على النص
لان الفعل قد يقع باجتهاد المجتهد وقول عائشة ان الله ابطل جهاده لا يجوز
ان يكون الا عن النص لانه ذلك لا طريق الى معرفته الا من جهة النص **فان
قيل** القياس يشهد لنا لان له ان يبيعه من بائعه باكثر من ثمنه وبمثل
ثمنه ويجوز له ان يبيعه من غيره باقل من ثمنه فوجب ان يجوز بيعه منه
باقل من ثمنه **قيل** له لا يمتنع ان القياس ما ذهبتم اليه لكن النص
يدل على خلافه على ما بيناه فوجب ان يسقط القياس على انه لا خلاف ان القرض
الذي يجر المنفعة لا يحل بل يحرم فكذلك ما اختلفنا فيه والعلة انه يثمر
الربا ويدل على صحة هذا التعليل ان التي سالت عائشة قالت ارايت ان لم
اجد الا راس مالي فقالت فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فاجرته
مجرى الربا وقال ابو حنيفة واصحابه مثل قولنا وخالف الشافعي فقال بجوازه
وقلنا الا ان تكون نقصت قيمتها فلا باس بذلك ووجهه التهمة وليس للخبر ورود
في فعل فيمكن ادعاء العموم فيه ويجوز ان تكون انكرت تكون المبيع على ما كان
عليه في باب التقويم واذا احتمل ذلك رجعنا الى القياس والظواهر
المجيزة للبيع لو لا انا عدلنا عن ذلك للنص ولا نعلم ورود النص مع نقصان
القيمة **مسألة** قال ولو ان رجلا اشترى عبدين صفقة فوجد احدهما
حرا او مكاتبا او مدبرا كان البيع فاسدا فان ميزت الاثمان صح البيع في
من جاز بيعه دون من لم يجز وكذلك القول فيمن اشترى شاتين مذبوحتين
فوجد احداهما ذبيحة من لا يجوز اكل ذبيحته او ميتة في المسألتين قال ابو حنيفة



كقولنا وللشافعي قولان احدهما مثل قولنا والثاني ان البيع يصح فيما يجوز بيعه
وللمشتري الخيار بين اخذه بجميع الثمن وبين رده واجرى ذلك مجرى العيب
وحكى قول ثالث انه ياخذه بقسطه من الثمن وذلك لا يصح عندنا في هذه المسألة
وانما يصح اذا باع عبدين احدهما له والآخر لغيره بغير اذن صاحبه ووجه قولنا
في هذه المسألة ان البيع وقع فاسدا لانطوائه على ما لا يصح بيعه من الحر والميتة
فاشبه البيع المنطوي على خيار مجهول المدة وجب كذا
فساده كذلك ما اختلفنا فيه ولا يلزم على المسألة ان يبيع ملكه وملك غيره
لان هذا البيع لم ينطو على فساد لانه عقد موقوف ومتى اجازه المالك صح
واستقر ولا يلزم عليه ان يتزوج امرأتين في عقده فوجدت احداهما ذات
رحم محرم لانه انطوى عقد النكاح على الفساد لا يفسد ما صح الا ترى ان النكاح على
الخمر والخنزير يصح وان فسد المهر كذلك انطواؤه على الشروط الفاسدة وايضا يصح
يجب فساده لوجه آخر وهو جهالة الثمن لان تقسيط الثمن على قيمته لا يصح اذا كان
ضامه في العقد مما لا يصح بيعه فلا يصح تقويمه كما يصح ذلك في العبدين اذا كان
احدهما ملكا لغيره **فان قيل** فهلا قلتم ذلك في الحر والميتة كما قلتم في
المكاتب وقد قلتم في المدبر والمكاتب وقد قلتم ان من تزوج على مدبر او مكاتب او ام
ولد يقوم ويجعل المهر قيمته **قيل** له هذا التقويم ليس بصحيح بل هو على
التقدير لان ما لا يصح بيعه لا يصح تقويمه لكنا لما وجدناه اقرب من مهر المثل
عدلنا اليه والنكاح يحتمل من الجهالة ما لا يحتمل البيع فلذلك قلنا ذلك في النكاح
ومنعناه في البيع وهذا يبطل ما قاله الشافعي من تقسيط الثمن اذا كان ما ضامه
مما لا يصح بيعه فاما اذا كان مما يصح بيعه باجازة مالكه فيه نقول وقوله
الشافعي انه يخير بين اخذه بجميع الثمن لا يصح للوجهين الذين بيناهما لان
التخيير يكون في العقد الصحيح او الموقوف فاما العقد الفاسد فلا يصح التخيير
فيه لانه لا يصح التخيير في العقود المنطوية على الشروط المجهولة والغرر
وقد بينا فساد العقد بالوجهين الذين قدمناهما فلا معنى للتخيير **فان قيل**
انتم تجوزون البيع براس المال وان لم يكن الثمن معلوما في الحال للمشتري
وكذلك تجوزون بيع الشيء عددا كل قدر منه بكذا وان لم يكن جملة الثمن

معلومة فما انكرتم ان تكون جهالة الثمن لا توجب فساد هذا العقد **قيل**
له ما اجزناه لان الثمن يصير في الثاني معلوما ونظيره لما عندنا اذا باع ملكه
مع ملك غيره لان ملكه يصير معلوما في الحالة الثانية واذا باع ما يجوز بيعه
وما لا يجوز بيعه فلا سبيل له الى ان يحصل الثمن معلوما لانه يصير معلوما بالتقسيط
الثمن على قيمته وقيمة ما ضامه فاذا كان ما ضامه لا قيمة له لم يصح التقسيط ولم يصر
الثمن معلوما على وجه من الوجوه وقلنا ان الاثمان ان تميزت صح البيع فيما يجوز بيعه
وذلك انه يكون بمنزلة الصفقتين المنفردتين فلا يكون منطويا على الفساد اعني
صفقة ما يلحقه لانه اذا قال بعتك هذين العبدين هذا بالف وهذا بخمسمائة على انه
اذ احتمل ان يحمل على وجه يصح بان يجعل في حكم الصفقتين وامكن ان يجعل في
حكم صفقة فيفسد فالاولى ان يحمل على وجه الصحة كسائر ما مضى في نظائره
وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة هو فاسد بمنزلة لو لم يميز الاثمان ولا يكون
الثمن ايضا مجهولا لان ثمن ما جاز بيعه معلوم فلم يكن فيه واحد من الوجهين اللذين
ابطلنا ما ابطلناه بهما فوجب صحته **فان قيل** ما انكرتم ان تكون الصفقة واحدة
وان تميزت الاثمان **قيل** له معنى قولنا هما صفقتان ان كل واحد منهما منفرد
بحكمه فان ما يعرض في احدهما من الفساد او الصحة لا يشاركه فيه صاحبه وهذا
حاصل فيما قلناه **فان قيل** الستم تبطلون عقد من تزوج خمسا في عقد وان
تميزت المهور فما انكرتم من فساد ما اجزتم في البيع **قيل** له لان الخمس متساويات
في الفساد لان نكاح الخمس لا يصح وليس واحدة منهن اولى من صاحبتها في انها من
جملة الخمس فوجب فساد نكاحهن وليس كذلك البيع لان احد المبيعين لم يشارك المبيع
الثاني فيما اوجب بطلان بيعه بل نظيره ان يتزوج امرأتين في عقد فتجد احداهما ذات
رحم محرم **مسألة** قال واذا اشترك جماعة في حمل ادم او بيت طعام لم يجز
لبعضهم ان يبيع حصته من غير شركائه من قبل التقليب والرؤية ويكره بيعها من
شركائه فاما بعد القسمة فالشريك وغيره فيها سواء هذه المسألة مبنية على
ان الشركاء لا يعلم كل واحد منهم نصيبه من الادم او الطعام وذلك بان يكون كل
واحد منهم دفع دراهم معلومة الى رجل يشتري له بها ادما او طعاما على سبيل
التوكيل ولم يعلم كل واحد مقدار ما دفع صاحبه واذنوا للوكيل في الخلط فاشترى

لهم بيت طعام او حمل ادم او يكونوا قد نشوا ما لكل واحد منهم فعلى هذا لا يجوز بيعه
نصيبه من الأجنبي ولا من شركائه لانه لا يعلم ما الذي يبيعه ولا يعلم المشتري
ما الذي يشتريه وقوله ويكره بيعه من شركائه هو على المنع لا على ان غيرهم
اولى منهم وعلى هذا لا فصل بين الأجنبي وبين الشركاء وان ذكر في الأجنبي بطلان
البيع وفي الشركاء كراهة البيع لأنهما من طريق المعنى واحد وان عرفوا حصصهم
وهو الذي اراد بالتغليب والتأدية فله ان يبيع من شركائه وهذا مما لا اشكال فيه
وقوله ويكره بيعها من غير شركائه فالمراد به الكراهة التي هي ضد الاستحباب
ووجهه انه يوجب الشفعة في العروض وما جرى مجراها فكره ذلك لحق الشفعة
ولما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال لا يحل للشريك ان يبيع حتى يؤذن
شريكه يعني لحق الشفعة واما الحال بعد القسمة فلا اشكال فيه **مسألة**
قال ولا بأس ان يبيع الحاضر للباد ووجهه ان البدوي للحضري يجوز في النكاح
والطلاق والخصومة وفي كل ما صح توكيله فيه من البشر بحضري ويجوز للحضري
توكيل قبول وكالته فيها والتصرف عنه فوجب ان يكون البيع كذلك سوى
كان البيع طعاما او غيره **فان قيل** فقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله
انه قال لا يبيعن حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض **قيل**
له المراد به الحيث فيبيع ضرر على المسلمين فقد روي ان اهل البادية كانوا يردون
المدينة فيبيعون الطعام على ضرب من التساهل كان فيه رفق للمسلمين والضعفاء
وكان الحضري اذا تولى ذلك يتشدد فيه فنهى النبي صلى الله عليه وآله عن ذلك ومتى
كانت الحال هذه فنحن نكرهه ونمنع منه للضرر فيه على المسلمين فقد قال في الاحكام
ان كان كذلك نظر فيه الامام وهذا كالاحتكار الذي لا ضرر فيها بالقياس الذي قدمناه
مسألة قال ويكره استقبال الجلوبة خارج المصر ووجهه ما روي عن النبي
صلى الله عليه وآله انه نهى عن استقبال الجلوبة خارج المصر رواه زيد عن
ابيه عن جده عن علي عليهم السلام قال نهانا النبي صلى الله عليه وآله عن
تلقي الركبان وعن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله
لا تستقبلوا السوق وعن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله عن تلقي
السلع حتى تدخل السوق الاسواق وعن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله

لا تستقبلوا الجلب ولا يبيعن حاضر لباد وأيضاً قد علمنا أن ذلك يضر بالمسلمين
لأن العادة جارية أنه متى فعل ذلك غلا الطعام وعلا وارتفع سعره وأدى إلى
الإضرار بالمسلمين وقد قال صلى الله عليه وآله لا ضرر ولا إضرار في الإسلام فجرى
ذلك مجرى الاحتكار الذي منع منه لما فيه من الضرر على المسلمين فإن علم أنه يسلم من
الضرر فالقياس فيه أنه يجوز كالاحتكار وبيع الحاضر للبادي إلا أن الأغلب أن ذلك
لا يكاد يسلم من الضرر **مسألة** قال ويكره اليمين على البيع والشراء وإن كانت
صادقة وذلك لما روى زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام قال قال رسول الله
صلى الله عليه وآله اليمين تنفق السلعة وتمحق البركة ولأن ذلك خلاف التعظيم
لأسماء الله لأنه إذا حلف استكثر منها لم يأمن أن يقع فيها الحنث وهو مما يعظم الإثم فيه

مسألة قال ولا يجوز الاحتكار إذا كان فيه على المسلمين فيه إضرار فإن لم يكن جاز
اعتبر يحيى عليه السلام في الأحكام المنع من الاحتكار بأن يكون فيه ضرر على المسلمين
وروى نحوه عن جده وروي عنه أنه لا بأس به إذا لم يكن فيه ضرر واستثنى
يحيى ما يحتاج الإنسان إليه لقوته وقوت عياله وإلى نحو ما ذهبنا إليه أشار ابن
أبي هريرة فيما حكاه عن الشافعي واعتبر أبو حنيفة وأصحابه في الحكرة على ما حكاه
أبو الحسن الكرخي أن يشتريه الإنسان في المصر ويمتنع من البيع وذلك هو مما
يضر الناس وإن لم يضر فلا بأس به قال أبو الحسن رواه ابن سماعة عن أبي يوسف
الاحتكار في كل ما يضر بالعامة احتكاره وهذا قولنا والأصل فيه ما روي عن
النبي صلى الله عليه وآله رواه عنه ابن عمر من احتكر طعاماً أربعين يوماً فقد
برئ من الله عز وجل وبرئ منه وعن أبي أمامة قال نهى رسول الله صلى الله عليه
وآله أن يحتكر الطعام وروى زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام
قال الجالب الطعام مرزوق والمحتكر عاص ملعون وهو لا يجوز أن يكون قاله إلا
بنص عن رسول الله صلى الله عليه وآله لأنه قال الجالب مرزوق والمحتكر
ملعون وروى محمد بن منصور وأبو الحسن الكرخي بإسنادهما عن علي عليه السلام
أنه أحرق طعاماً لرجل كان احتكره فدل ذلك أجمع على تحريم الاحتكار فأما ما
ذهب إليه أبو حنيفة وأصحابه من أنه لا بأس به إذا لم يكن اشتراه في المصر فلا معنى
له لأن العلة هو دفع الضرر عن المسلمين بالحبس عنهم ما هو أقوات لهم ولا تأثير في كو

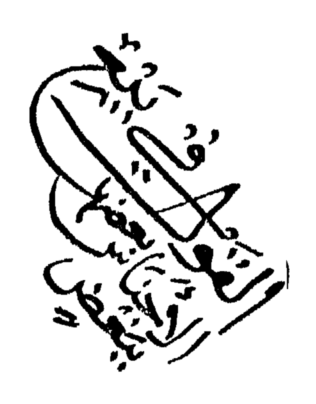
للوجه الذي صار به الطعام المحتكر ولأن الأخبار الواردة في هذا الباب لم تفصل
في ذلك فصلاً **فإن قيل** فإن لم يكن اشتراؤه في المصر فلم يفعل ما يضرهم
قيل له إن اشتراه في المصر أو خارج المصر والإدخال له من ضيعته قد أضر بهم
في ترك بيعه عليهم فالضرر حاصل ولا فصل بين أن يحصل شراؤه من المصر أو من غيره
مع أنه يؤمر بالبيع لأن دفع الضرر واجب سواء كان الضرر بأن يفعل ما هو ضرر أو يدع
فعلاً هو دفع الضرر فأما جوازه إذا لم يكن ضرر على المسلمين فلا أحفظ فيه خلافاً ولا
وجه للمنع منه أو وجهه دفع الضرر وقد قال يوسف صلى الله عليه تزرعون سبع
سنين دأباً فما حصدتم فذروه في سنبله فأمر بالادخار إذ لم يكن فيه ضرر وأما
استثناء يحيى بن الحسين عليه السلام الذي يحتاج إليه لنفسه وعياله فلأن
الإنسان يلزمه دفع الضرر عن نفسه وعن عياله فلا وجه لأن يؤمر بمضادة
نفسه وعياله دفعاً للضرر عن غيره وقد قال صلى الله عليه وآله ابدأ بمن تعول
وقال يوسف عليه السلام ثم يأتي من بعد ذلك سبع شداد يأكلن ما
قدمتم لهن إلا قليلاً مما تحصنون فأخبر عن إحصان الطعام للمجاعة ولم ينكره ولم
ينص يحيى بن الحسين عليه السلام على المدة التي يدخر فيها قوته وقوت عياله
والأقرب إلى نحو سنة إلى أنه كان يدخر قوت عياله لسنة **مسألة**
قال القاسم عليه في بيع السكران وشرائه جائز إذا كان يعقله وهو كما قال لأن
البائع من صحة عقوده ثبات عقله فإن كان يعقل لم يؤثر في ذلك تغير بعض حاله
في صحة عقوده إذا كان يعقل **مسألة** وإذا اشترى رجل شيئاً ثم تلف
عند بائعه قبل التسليم فإنه من مال البائع وهذا لا أحفظ فيه خلافاً إلا ما حكي عن
مالك أنه قال يضمن البائع قيمته ووجهه ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم
أنه قال إن بعت من أخيك ثمراً ثم أصابته جائحة فلا تأخذ منه شيئاً ولأنا لو ألزمنا
البائع قيمة السلعة كان ذلك استحقاقاً بمقتضى عقد البيع وذلك يوجب
أن تكون القيمة مبيعة لأن الاستحقاق بعقد يوجب كون المستحق مبيعاً
ولا يجوز بيع قيمة في الذمة وحكي عنه أنه فرق بين الطعام وغيره والقيمة لو
كانت مبيعة لكان ذلك يدخل في الربا لأن القيمة قد تزيد على الثمن وقد تنقص
منه لأن البيع بينهما لم يتم لأن التسليم هو من شرط تمام البيع فإذا لم يقع التسليم

لم يتم البيع فاذا تلف والبيع غير تام في يد البايع فيجب ان يكون تعيين ماله لان ملكه عنه لم يزل وكذلك يده لم تزل عنه قال فان كان تسلمه من البايع ثم تركه رهنا فتلف فهو من مال المشتري وذلك ان القبض اذا حصل تم البيع واستقر ملك المشتري وزال ملك البايع فاذا رهنه عند البايع كان ذلك وساير الرهون سواء قال وان وضعاه على يد عدل الى ان ياتي المشتري بالثمن فتلف فهو من مال البايع وذلك ان البايع لم يسلمه اذ وضعه على يدي عدل لانه لا يكون خلى بينه وبين المشتري فلا يكون البيع قد تم كما بينا في المسئلة الاولى

مسئلة وان وكل المشتري البايع يقبضه من نفسه له فقال اعزله لي كله ان كان مكيلا او نحو ذلك ففعل البايع ثم تلف كان من مال المشتري هذا مبني على ان قبض البايع من نفسه يصح ووجهه انه ليس بين القابض والمقبض خصومة فوجب ان يصح قبض الانسان من نفسه واذا ثبت ذلك وجب ان يكون ما يتلف من ذلك يتلف من مال المشتري

باب القول في بيع الاجناس بعضها ببعض

اذا اتفق الشيئان في الجنس والكيل لم يجز بيع احدهما بالآخر الا مثلا بمثل يدا بيد فان اختلفا في الجنس واتفقا في الكيل جاز التفاضل وحرم النسا وان اختلفا فيهما جميعا جاز التفاضل والنسا والقول في الوزن كالقول في الكيل سوا خلا الذهب والفضة فانه يجوز ان يشتري بهما الموزون معجلا ومؤجلا غير الذهب بالفضة والفضة بالذهب فانه يجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا اذا كان يدا بيد واما اذا كان مؤجلا فانه لا يجوز والاصل فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من طرق كثيرة بالفاظ مختلفة الذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والبر بالبر مثلا بمثل يدا بيد والشعير بالشعير مثلا بمثل يدا بيد والتمر بالتمر مثلا بمثل يدا بيد والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد رواه عبادة بن الصامت وغيره وفي بعض الالفاظ والتمر بالتمر وفي بعضها من زاد فقد اربى وفي بعضها هاوها وفي بعض الاخبار فاذا اختلف الجنس فبيعوا كيف شئتم يدا بيد وفي بعضها فبيعوا الحنطة بالشعير كيف شئتم



يداً بيد وروى زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام قال أهدي
لرسول الله صلى الله عليه وآله تمر فلم يرد منه شيئاً قال لبلال دونك هذا
التمر حتى أسألك عنه فانطلق بلال وأعطى التمر مثلين وأخذ مثلاً فلما كان من الغد
قال رسول الله صلى الله عليه وآله انا حبيبنا التي أسميناك فأخبره بالذي
صنع فقال صلى الله عليه وآله هذا الحرام الذي لا يصلح انطلق فاردده على صاحبه
وأمره أن لا يبيع هكذا ولا يبتاع ثم قال رسول الله صلى الله عليه وآله الذهب
بالذهب مثلاً بمثل يداً بيد والفضة بالفضة مثلاً بمثل يداً بيد والشعير بالشعير مثلاً
بمثل يداً بيد والذرة بالذرة مثلاً بمثل يداً بيد فمن زاد أو ازداد فقد أربى فدلت هذه
الأخبار على تحريم التفاضل والنساء بين هذه الأجناس إذا كان الجنس بجنسه
وعلى تحريم النساء وإباحة الزيادة وإذا اختلف الجنسان مع الاتفاق في المعنى المضموم
إليه وروي عن ابن عباس أنه كان يقول لا ربا إلا في النسيئة ويروي عن أسامة
عن النبي صلى الله عليه وآله فكان يجيز الذهب بالذهب متفاضلاً يداً بيد
وقد روي عن عدة من الصحابة أن ابن عباس كان قد رجع من هذا القول والإجماع
المنعقد على خلاف ذلك يبطل قوله ويجوز أن يكون مراد النبي صلى الله عليه وآله
في ذلك إذا اختلف الجنسان ليكون موافقاً لما تواتر عنه صلى الله عليه وآله
في ذلك ولما أجمعت الأمة عليه إذ لا خلاف بينها في هذه الأجناس المنصوص
عليها واختلفوا فيما عداها فذهب كثير من نفاة القياس إلى أنه لا ربا فيما عداها
وأجمع القائسون على خلاف ذلك ووافق من نفى القياس من لا يخالفنا في ذلك
وهم الإمامية ويرجعون فيه إلى الظواهر الواردة في هذا الباب كالنهي عن
الصاع بالصاعين ويبطل قولهم من وجهين أحدهما هذه الظواهر والثاني إثبات
القول بالقياس ثم أجمع الفقهاء من مثبتي القياس أن الجنس مراعى في باب الربا وكذلك
أمر آخر مضموم إليه وإن اختلفوا في ذلك الأمر ما هو فلا خلاف أنه إذا اجتمع
الجنس والأمر المضموم إليه أنه يحرم النساء والتفاضل ولا أعرف خلافاً في أن
الجنس إذا اختلف واتفق الأمر المضموم إليه حرم النساء وجاز التفاضل لقوله
فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يداً بيد فأجاز صلى الله عليه وآله التفاضل
لعدم الجنس ومنع النساء لوجود الكيل فدل ذلك على أن إحدى علتي الربا إذا حصلت

كذا

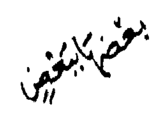
حرم النسا فوجب ان يكون ذلك حكم الجنس اذا انفرد فلا يصح بيع
بجنسه من الثوب نسا وبه قال ابو حنيفة وقال ش ذلك لا يحرم على انفراده وقد
بينا انه اذا اختلف الجنس واتفق الامر المضموم اليه ترتب تحريم النسا على المعنى
المضموم اليه من الكيل والوزن **فان قيل** الستم تجوزون بيع الموزون بالنقد

كذا

قيل له نجعل علة النسا احد وصفي العلة في قبيل المثمنات
او يجوز تخصيص العلة فليس ببعيد على اوضاعنا او نقول في قبيل ما يتعين فاما
المنع من بيع الذهب والفضة بعضه ببعض فلا يقال لانه اجماع ومنصوص عليه
فلا نقيس عليه سواه فاما الامر المضموم الى الجنس فعندنا انه الكيل والوزن وهو
قول زيد بن علي والمروي عن جعفر بن محمد ولا اعرف فيه خلافا بين علما اهل
البيت عليهم السلام وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال مالك هو الاقتيات
وقال ش هو الاكل والذي يدل على صحة قولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله
روى ابو بكر الجصاص ان النبي صلى الله عليه وآله قدم عليه تمر من خيبر فقال اكل
تمر خيبر هكذا قالوا لا يا رسول الله انا نشتري الصاع بالصاعين والصاعين
بالثلاثة فقال صلى الله عليه وآله لا تفعلوا ولكن مثلا بمثل او بيعوا هذا واشتروا
هذا بثمنه من هذا وكذلك الميزان فاما المنع من بيع الذهب والفضة بعضه
ببعض فلا يعلل لانه اجماع منصوص عليه فلا نقيس عليه سواه وروى ايضا
ابو بكر باسناده عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله
لا يصلح صاعان بصاع ولا درهمان بدرهم وروى باسناده عن ابن عمر قال قال رسول
الله صلى الله عليه وآله لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين ولا
الصاع بالصاعين فقام اليه رجل فقال يا رسول الله انبيع الفرس بالافراس
والنجيبة بالابل فقال لا باس اذا كان يدا بيد فدلت هذه الاخبار على
تعليلها بالكيل والوزن اذ قوله صلى الله عليه وآله لا تبيعوا الصاع بالصاعين
قد علمنا ان المراد به ليس هو بيع هذه الآلة المخصوصة وانما المراد به ما يكال بها
ليكون تفصيل هذا الكلام المنع من بيع ما يكال مثلا بمثلين وكذلك قوله صلى الله
عليه وآله وكذلك الميزان ليس المراد به عين الموازين وانما المراد به ما يوزن
فاوجب ذلك المنع من بيع ما يكال بما يكال الا مثلا بمثل وما يوزن بما يوزن

الا مثلاً بمثل فبان به صحة تعليلنا **فان قيل** فقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلاً بمثل فهلا دلكم ذلك على ان العلة هي الاكل على ما قلتم في الكيل والوزن **قيل** له لفظ الطعام يتناول شيئاً مخصوصاً من المأكولات من جهة العرف ولا يتناول السقمونيا والصبر وشحم الحنظل وما جرى مجراه الا ترى ان سوق الطعام لا يشتمل في صف الصيد لانين ولا في سوق الفواكه فبان انه يتناول هذه الاجناس المنصوصة التي يقع الاقتيات بها وفي الحديث سمعت النبي صلى الله عليه وآله يقول الطعام بالطعام مثلاً بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير وروي عن ابي سعيد الخدري كان طعامنا التمر والزبيب والشعير فاذا ثبت ما قلناه لم يجب ان يتم اللفظ في كل ما يؤكل من الاشربة والفواكه والادوية ونحوها ووجب اختصاصه بما بيناه وذلك مما لا يأبى وجوب الربا فيه **فان قيل** روي عن عائشة انها قالت عشنا دهراً وما لنا طعام الا الاسودان التمر والماء فاجرت اسم الطعام على الماء **قيل** له ذلك محمول على سبيل التجوز وقول النبي صلى الله عليه وآله محمول على الحقيقة والحقيقة من طريق عرف اللغة هو ما ذكرناه على انها انما سمته طعاماً لمقارنته التمر كما قالوا العمران والعشايا وان كانت الغداة لا تجمع على الانفراد عشايا فكذلك الماء لا يقال فيه على الانفراد انه طعام وكان شيخنا ابو الحسين بن اسمعيل يستدل على ذلك بقول الله عز وجل في قصة شعيب عليه السلام اوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس اشياءهم وكان يقول لا يخلو النهي من ان يكون متناولاً للتطفيف على وجه الخيانة كما حكى الله عز وجل عن قومه من قولهم يا شعيب اصلواتك تأمرك ان نترك ما يعبد آباؤنا او ان نفعل في اموالنا ما نشاء فبين انهم كانوا انما كانوا يفعلون في الكيل والوزن على جهة وجه التراضي الا ما كان ربا فبان ان الربا تعلق بالكيل والوزن ومما يدل على ان علتنا اولى من علة سائر المخالفين انا ما جعلنا علة له تأثير في التحريم بدلالة ان زيادة الكيل في المنصوص عليه مع الجنس وكذلك الوزن فيه مع الجنس يمنع من جواز البيع وعدم الزيادة فيهما يوجب صحة البيع وما كان له تأثير في صحة البيع وفساده اولى ان يكون علة للتحريم مما ليس له ذلك التأثير ولان النبي صلى الله عليه وآله قال من اسلم فليسلم في كيل معلوم او وزن معلوم فجعل للكيل والوزن تأثيراً في صحة البيع

فبان بذلك ان علتنا اولى لانا لم نجد هذا التأثير في علل المخالفين بيان ذلك ان
ان المأكولين يتفاوتان في كونهما مأكولين بان يكون احدهما خيرا من صاحبه
في باب الاكل وكذلك المتفاوتين ولم يؤثر ذلك في التحليل والتحريم فعلمنا انما
عللناه اولى من سائر علل المخالفين **فان قيل** فالحكم يتعلق بالاكل ايضا لان من
اشترى حنطة فوجدها متغيرة بالعفونة او نحوها حتى يؤثر ذلك في الاكل
كان لصاحبها الخيار في الرد **قيل** له ذلك خيار الرد وذلك حكم كل ما ادى الى
نقصان القيمة مأكولا كان او غير مأكول على ان هذا التأثير مع انه لا يختص بالاكل
تأثير في خيار الرد لا في تحريم البيع وتحليله فلم يجب ان يكون معارضا لتأثير علتنا
وليس لهم ان يتعلقوا بقوله عز وجل ولا تأكلوا الربا لان الربا يجب ان يثبت اولا ثم
يعلق الحكم عليه **فان قيل** فانا نجد النبات حشيشا لا ربا فيه ثم نجده مأكولا
فيه الربا فعلمنا ان العلة فيه الاكل كما قلنا في العصير انا نجده لا شدة فيه وهو مباح
ثم تصير فيه الشدة فيصير حراما بعد ان كان مباحا فعلمنا ان العلة فيه
الشدة **قيل** له ومثل هذا يستقيم لنا انا نجده حشيشا لا ربا فيه ثم
يصير مكيلا فيحصل فيه الربا فعلمنا ان العلة فيه الاكل كما قلنا الكيل
علة الربا على ان الحشيش ايضا مأكول وهذا ينقض عليكم لان الحشيش مأكول
لا ربا فيه فبان ان العلة ليست هي الاكل **مسألة** قال ولا يجوز ان
يباع كر حنطة بكري حنطة وان اختلفت انواعهما ولا بأس بكري شعير وكذلك
القول في الارز والشعير وسائر الحبوب والتمر والعنب وغيرهما من الفواكه
وغيرها وهذا مما قد مضى بيانه وهو قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم فاذا
اختلف الجنس فبيعوا كيف شئتم يدا بيد ولان تحريم التفاضل انما ورد اذا كان
الجنس واحدا الا ترى الى قوله الذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضة بالفضة
مثلا بمثل يدا بيد حتى اتى على الاجناس المنصوص عليها واذا كان تحريم التفاضل
يتناول الجنس الواحد فما عداه يكون على اصل الاباحة وهذه الجملة لا خلاف
فيها بيننا وبين ابي حنيفة والشافعي وسائر العلماء الا مالك فانه ذهب الى انه
لا يجوز بيع الشعير بالبر متفاضلا وما قدمنا لا يحجه ويجب فيما عدى المنصوص
عليه مثله قياسا عليه كنحو الارز والعنب وغيرها بعلة انها اجناس مختلفة فوجب ان يحرم بيع



بعضها ببعض متفاضلاً وقياساً على ما أجمع عليه وكذلك كل جنسين مختلفين

مسألة قال والحنطة مع تنوعها جنس واحد وكذا الشعير والتمر والعنب وكذا من الفواكه الرمان والسفرجل وغيرهما يدل على ذلك أنه صلى الله عليه وآله وسلم لما ذكر هذه الأجناس قال بعده فإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يداً بيد وقوله بيعوا الحنطة بالشعير كيف شئتم يداً بيد فدل ذلك على أن جميع هذه المذكورات أجناس مختلفة وإن كان لكل واحد منها أنواع يشتمل عليها الجنس ولا خلاف أن الذهب والفضة جنسان مختلفان فإذا ثبت ذلك في المنصوص عليه ثبت فيما عداه من الأرز وغيره من الحبوب والفواكه والعلة اشتباه كل واحد منها بالاسم الأخص والاتفاق في تقارب المعنى المقصود البيع والتقارب في المنظر والهيئة ويدل على اشتباه كل منه بالاسم الأخص أن تمييز أنواعه يكون بإضافة صفة البيع كما العنب الأبيض والأسود والملاحي وكذلك التمر وسائر ما قلنا فيها إنها أجناس فأما التقارب في المعنى المقصود البيع والتقارب في المنظر والهيئة فمما لا إشكال فيه لأن العلم به ضروري فكذلك يوضح ما قلناه على أن قوله صلى الله عليه وآله في زكوة الفطر صاع من تمر أو صاع من شعير أو صاع من ذرة أو صاع من زبيب يدل على أن كل ذلك جنس برأسه ألا ترى أنه صلى الله عليه وآله وسلم لم يذكر أنواع التمر كالصيحاني والبرني والإزاذ وكذلك لم يذكر أنواع الزبيب وإنما ذكر أجناس التمر والعنب وغيرهما

مسألة قال والمعتبر في كيل التمر ووزنه البلدان ووجهه أنا وجدنا الشرع فيه تابعاً للعرف لأن الشرع لم يرد بوزن شيء مما كان العرف فيه قبل الشرع الوزن وكذلك لم يرد بكيل شيء مما كان العرف فيه قبل الشرع إلا بكال فعلمنا أن الشرع جاء بحسب العرف في باب الكيل والوزن فإذا ثبت ذلك وجب أن يجري الحكم في هذا الباب بحسب عرف البلدان كما قلنا ذلك في الأيمان **فإن قيل** فقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال في التمر مثلاً بمثل كيلاً بكيل **قيل** له هو محمول على البلد التي عرف أهلها في التمر الكيل لما بيناه ويوضح ما بيناه ما أجمعوا عليه أن كل بلد له عرف يعتبرونه في النقد وأجمعوا إذا قال البائع للمشتري بعتك هذا الشيء بكذا درهماً على أنه محمول على ذلك النقد وأن النقد الذي يتعامل به عرفاً

هكذا ظني في الأم

كان البيع فاسدا اذا لم يعين النقد فاذا وجب ان يتبع حكم
الشرع في باب النقد العرف وجب ان يكون ذلك حكم الكيل والوزن كما قد خلوا
واختيارهم في النقود **فان قيل** فكيف يجوز ان يحل بيع في بلد ويحرم في
بلد **قيل** له كما يصح بيع في بلد ويفسد في بلد ويقع الحنث في لفظ وقول
لواحد ولا يقع لآخر لامر يرجع الى العرف والعادة على ان ابا حنيفة ذهب
فيما يختلف حاله في البلدان في الكيل والوزن ان المعتبر به العرف خلا الاشياء
التي كانت بالمدينة على عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم توزن او تكال وهذا مما يمكن
ان يحتج به عليهم فيما خالفوا فيه وحكي عن بعضهم انه قال اذا اختلف الوزن والكيل
في البلدان كان الوزن اولى لانه اخص المماثلة وهذا لا معنى له لانه لو وجب ان يعمل
باخص المماثلة وجب ان يوزن جميع ما يكال لهذه العلة على انهم جوزوا التمرة بالتمرة
لان ذلك مما لا يكال عرفا لان الشرع منع منه او كان ذلك مستحيلا لانه كان
يمكن ان يجعل مكيال صغير لقدر التمرة الواحدة لكنهم اتبعوا العرف وكذلك
اجازوا التفاضل في المعمول ولم يجيزوه في الذهب المعمول والفضة المعمولة
لا لامر سوى العادة الجارية فيه فيصح بجميع ذلك ما قلناه وما قاله اصحابنا
اقوى من جهة النظر ان لم يؤد الى خلاف الاجماع وفيه نظر والله اعلم والحكم بالتسوية

مسألة قال واللحوم مختلفة الاجناس فلحم البقر جنس واحد ولا فصل
بين لحم الجواميس وبقر الوحش والبقر الاهلي ولحوم الضان والماعز والظباء
كلها جنس واحد ولحم الابل جنس مع اختلاف انواعها والقول في الالبان والسمون
كالقول في اللحوم قلنا في البقر والضان والابل انها اجناس مختلفة لان الشرع دل
على ذلك الاطلاق احكامها في الصدقات والاختصاص كل منها بالاسم الاخص
والاتفاق كلما قلناه فيه انه جنس منها في تقارب المعنى البهيمي واما المعز فانا جعلناه
من جنس الضان لان الشرع اجراهما مجرى جنس واحد في باب الصدقات ولانهما
مع التقارب في المنظر والهيئة وان لم يشتركا في الاسم الاخص وقسنا هذه الظباء
على الوحش وكذلك المعز لتقاربهما في المنظر والهيئة وعلى هذه الطريقة يجري
الكلام في الجواميس وبقر الوحش وكذلك الكلام في الابل فاذا ثبت ذلك وجب
ان تلحق بها لحومها والبانها وسمونها لانها جزء منها فتجري مجرى ابعاضها الا ترى ان خبر الربا

وخبز الأرز وخبز الشعير كانت أجناساً مختلفة لكونها من حبوب مختلفة فكذلك اللحوم والألبان والسمون **فإن قيل** قد اشتركت اللحوم في الاسم الأخص وكذلك الألبان والسمون فهلا جعلتم كل منها جنساً واحداً **قلنا** كما أن الخبز وإن اشترك في الاسم الأخص لم نجعله جنساً لاختلاف أجناس ما هو منها وكذلك اللحوم والألبان لأن جميع ذلك فروع لأصول فوجب أن يعتبر بأصولها على أن الشرع قد جعل أصولها أجناساً مختلفة فكان إلحاقها بالأصول أولى من إلحاقها بالفروع بحكم الاجتهاد ولأن النص أولى من الاجتهاد فعلى هذا لا بأس ببيع لحم البقر بلحم الضأن أو لحم الإبل أو لحم الإبل بلحم الضأن متفاضلاً يداً بيد ولا يجوز بيع بعضها ببعض نساً وهذا أما قد مضى بيانه فلا وجه لإعادته

مسئلة قال ولا بأس ببيع الحيوان بعضه ببعض مثلاً بمثل ومتفاضلاً يداً بيد ولا يجوز بيع بعضه ببعض نساً ولا فرق في ذلك بين أن يكون الحيوان جنساً واحداً أو أجناساً مختلفة أما إذا كان الحيوان جنساً واحداً فإنما أجزنا بيع بعضه ببعض مثلاً بمثل ومتفاضلاً لأن فيه أحد وصفي علة الربا وهو الجنس وليس فيه الوصف المضموم إلى الجنس ولا يصح فيه الكيل والوزن والجنس عندنا إذا تعرى عن الكيل والوزن لا يمنع التفاضل على ما مضى القول فيه وقلنا إنه يجوز يداً بيد ولا يجوز نساً لوجهين أحدهما أن أحد وصفي علة الربا عندنا وعند أبي حنيفة إذا تعرى عن الوصف الثاني حرم النسا والثاني أنا لا نجيز السلم في الحيوان على ما نبينه في باب السلم ويدل على هذه الجملة ما روي أن رجلاً قام إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال يا رسول الله أنبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل فقال لا بأس إذا كان يداً بيد فأجاز صلى الله عليه وآله على شرط أن يكون يداً بيد وهذا نص فيما ذهبنا إليه فأما إذا اختلف جنس الحيوان فلا بأس ببيع بعضه ببعض مثلاً بمثل ومتفاضلاً لأنه ليس فيه شيء من أوصاف علة الربا لا الاتفاق في الجنس ولا الكيل ولا الوزن فلم يكن في جواز بيع بعضه متفاضلاً إشكال ومنعنا بعضه ببعض نساً لوجه واحد وهو لما ثبت أنه لا يجوز السلم في الحيوان على ما سنبينه

مسئلة قال وإذا اتفق الشيئان في الجنس ولم يكونا مكيلين ولا موزونين جاز بيع بعضه ببعض مثلاً بمثل ومتفاضلاً ولا يجوز نساً نحو الرمان والسفرجل وغيرهما ولا بأس أن تباع رمانة برمانتين

كذا

بدّ ابيك وسفرجلة بسفرجلتين يداً بيد ولا يجوز ذلك نساء وكل ذلك قد مضى
بيانه فلا نعرض في اعادته **مسألة** قال ولا يجوز ان يشتري زرع من
برّ محصود في سنبله ببرّ سواء ولا ان يشتري اللبن الرائب بالزبد الا ان يكون الزبد
الذي في اللبن اقل من الزبد المشتري به او كان ما تجرّد من السنبل من البرّ له قيمة
فيجب ان يكون سبيله سبيل بيع اللبن الرائب بالزبد في ان البيع متى لم يكن البرّ
المشتري به اكثر من البرّ الذي في السنبل صحّ البيع هذا مذهبنا البين في اللبن والزبد اذا — كذا
كان الزبد اكثر من الزبد الذي في اللبن وبه قال ابو حنيفة واصحابه وهو قول زيد بن علي
عليه السلام والخلاف فيه بيننا وبين الشافعي فاما ان كان ما ينفرد عن السنبل مما
لا قيمة له فالبيع فاسد على كل وجه لانه لا يكون بيع البر بالبر جزافاً وهو فاسد
بالاجماع والاثر الوارد فيه وهو نهيه صلى الله عليه وآله عن المخالفة وقيل
انها بيع الحب القائم بالحب المحصود **فان قيل** انها المزابنة وهما لا يتنافيان اذ لا
بدّ فيهم من اعتبار المماثلة قلنا مسئلة الخلاف توجيه ما ذهبنا — كذا
اليه ان الزبد اذا كان اكثر من الزبد الذي في اللبن كان مقدار الذي في اللبن من
الزبد بمثله من الزبد والفضل ثمن اللبن والدليل على ذلك قول الله تعالى وأحلّ
الله البيع وحرّم الربا وقوله عز وجل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم **فان**
قيل انه ربا فيحرم **قيل** له اذا اعتبرنا المساواة التي صححتم البيع بها
لان الزبد المشترى اذا قسم على ما قلنا لا لم يمتنع لم بعد ان يكون الزبد بإزاء الزبد مع — كذا
الزيادة والنقصان كرجل اشترى حنطة وشعيراً بأرز وسمسم انما يشتري به من
الارز او السمسم يقسم على قيمة الحنطة فلا المساواة **قيل** له هذا الاعتبار
لا يجوز على ما ذكرت لكونه مؤدياً الى فساد العقد وعقود المسلمين محمولة على الصحة
ما امكن وانما يعتبر هذا الاعتبار في العقود التي لا يؤدي هذا الاعتبار الى فسادها ويدل
على ذلك ان المكيل والموزون اذا لاقا جنسه فانما تكون قيمته مثله في مقداره لان
الشرع اقتضى ذلك اذ حظر الشرع بيعه باكثر منه والمتبايعان دخلا فيه على
حكم الشرع فوجب ان يكون محمولاً على ما اعتبرناه من كون الزبد المشترى به مقسوماً
على ان يكون ما في اللبن منه بمثله والباقي منه ثمناً للبن دون الاعتبار الذي ذكرتم
وايضاً عقد البيع اذا وقع محتملاً لوجهين احدهما اذا حمل عليه فسد البيع والثاني اذا

ـ حمل عليه صح البيع يجب حمله على الوجه الذي يصح البيع لوجوب حمل عقود المسلمين
على الصحة ما أمكن ودليله أن من باع بدراهم مطلقة ولم يصف النقد لا خلاف أنه يجب
حمله على نقد البلد الذي يجري التعامل به وإن كان يمكن حمله على غير ذلك من النقود
لأن حمله على نقد البلد يوجب صحة البيع وحمله على غير ذلك يوجب فساد البيع فكذلك
ما اختلفنا فيه يجب حمله على الاعتبار الذي قلنا ونجعل ذلك كأنه نطق به ليصح
البيع ولا يجب حمله على الاعتبار الذي ذكره المخالف لئلا يؤدي إلى فساد البيع و
يشهد لذلك جميعا الأرطال والأمنا والمكاييل إذا بيع الشيء على ذلك أو أسلم يجب حمله
على ما يجري التعامل به ليصح العقد دون ما عداه لئلا يفسد العقد **فإن قيل**
العرف كالنطق فلذلك وجب حمله عليه **قيل** له وما ذكرناه أيضا كالمنطوق به
لأنهما دخلا في العقد لتصحيحه وصار ما يصححه كالمنطوق به إذا كان يحتمله **فإن**
قيل فهلا حملتم بيع درهمين بدرهم على أنه درهم بدرهم والدرهم الثاني فيه هبة؟
قيل له لأن عقد الهبة عقد لم يدخل فيه فلا يصح أن يلزمهما وليس كذلك
مسألتنا لأن ما صرفنا العقد إليه أحد الوجهين اللذين احتملهما العقد فلم يلزمهما
عقدا لم يدخلا فيه **فإن قيل** جوزوا على اعتباركم صاعا من تمر بصاعين منه على
أن يكون نوى أحدهما بتمر صاحبه ونوى الآخر بتمر الآخر **قيل** له لا يجوز ذلك لأنه يؤدي
إلى خلاف النص الوارد وإن أسقط ذلك الاعتبار في الموضع لكونه مؤديا إلى خلاف
النص لم يجب أن يسقط في كل موضع ألا ترى أن تقسيط الثمن لما سقط في الموضع الذي
اختلفنا فيه لكونه مؤديا إلى فساد البيع لم يجب أن يسقط في كل موضع وكذا القياس قد
قد سقط في مواضع الأحوال ثم لا يجب سقوطه في كل موضع وأيضا النوى لا حكم
له إذا كان في التمر بدلالة أنه لا فرق بين التمر الذي يخلطه نوى وبين التمر الذي يدق نواه
فإن قيل فجوزوا بيع مائة دينار بكاغد في كاغد بمائتي دينار على أن تكون المائة
بالمائة والمائة الباقية بالكاغد **قيل** له إذا كان الكاغد مما يجوز تقويمه وقصدا
بقصد بالبيع وقال بعتك الكاغد بالمائة (المائة مع) الذي فيه صح ذلك وإن كان الأمر بخلافه لم يصح
على أن عيسى بن أبان قال في الصرف إن أراد أن يبدل دينارا بدينار فأدخل بينهما مخنسة
كذا لأن ظاهره لا يقتضي أن لا يجوز البيع إلا بأن يرضيا وبيع الكاغد
بخمسين دينارا لا يرضى بالتفرق عليه وإن حمل على أنه أراد إذا كانت الفضة ضعيفة؟

ضيعة ضعيفة لا يصح تقويمها بالذهب كان الجواب بحسب ذلك **فان قيل**
روي عن فضالة بن عبيد انه اشترى يوم خيبر قلادة فيها ذهب بالذهب
فقال النبي صلى الله عليه وآله لا تبيعوها حتى تفصل **قيل** له ذلك محمول
على ان وزن الذهب المشترى به لم يكن معلوما انه زائد على الذهب الذي في القلادة
فقد روى الجصاص باسناده عن فضالة بن عبيد انه قال اشتريت قلادة فيها
ذهب وخرز يوم خيبر باثني عشر دينارا ففصلتها فوجدت فيها اكثر من
اثني عشر دينارا فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وآله فقال لا يباع حتى يفصل
فكان النهي للمعنى الذي ذكرناه وعلى هذا يحمل قوله في الاحكام في باب الصرف في المنع
من بيع السيف المحلى بالفضة بالفضة **مسألة** قال ولا يجوز بيع الزبد
بالسمن ولا بيع اللبن الحليب باللبن المخيض وهو الذي فيه المائية قال ش قد يجب
ان يكون قول ابي يوسف ومحمد ووجهه ان الزبد فيه اجزاء من اللبن تذهب
عند الاذابة فتنقص من السمن في تلك الاجزاء مما لا حكم لها ولا قيمة فتشبه
الرطوبة التي في الرطب التي من اجلها منع بيع الرطب بالتمر وهذا هو الوجه في
المنع من بيع اللبن الحليب باللبن المخيض الذي فيه الماء وهذا كله مبني
على منعنا بيع الرطب بالتمر **مسألة** قال ولا يجوز بيع الرطب بالتمر
وبه قال ابو يوسف ومحمد وش وقال ابو حنيفة هو جائز مثلا بمثل يدا بيد
والاصل فيه ما روي عن زيد بن عياش عن سعد بن ابي وقاص قال شهدت رسول الله
صلى الله عليه وآله سئل عن الرطب بالتمر فقال اينقص الرطب اذا جف قالوا نعم
قال لا اذن وكرهه وهذا نص فيه في المنع من بيع الرطب بالتمر وفيه تنبيه على العلة
التي من اجلها منع البيع وهذا يبطل اعتراض من يعترض الحديث بان يقول لا معنى
لاستفهام النبي صلى الله عليه وآله ما هو معلوم ضرورة لان ذلك ليس باستفهام
وان كانت ظاهره استفهاما بل هو تقرير على امر نبيه به على علة المنع وهذا
مثل قول الله عز وجل لموسى صلى الله عليه وآله وما تلك بيمينك يا موسى
اراد تقريره على انها عصى ليعرفه ما يفعل الله فيها مما لم يكن علمه وقد طعن ابو بكر
الجصاص على هذا الحديث بان زيدا ابا عياش مجهول وليس كذلك فان هذا
الحديث قد رواه العلماء واستعملوه واخذوا بموجبه ولم يطعنوا فيه فصح انه لم

يكن

ابي الحوط

لم يكن عندهم مجهولا على ان امره اظهر واشهر من عورتي السعدي وحاله بينة فلا وجه لهذا الطعن على انه قد روي عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع التمر بالرطب او بالتمر كيلا قد شككت في اللفظ وعن بيع العنب بالزبيب كيلا فدل ذلك على ما قلناه لان اللفظ وان كان عن بيع التمر بالتمر فالمعنى انه كان احدهما رطبا اذ لو لم يكن كذلك فلا خلاف في جوازه لا يدل عليه قوله عن بيع العنب بالزبيب كيلا **فان قيل** فقد روي عن سعد بن ابي وقاص انه قال نهانا صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة فدل ذلك على ان علة المنع هو النساء **قيل** له هذا لا يمنع ما ذكرناه ولا يمتنع ان يكون صلى الله عليه نهى عن بيع الرطب بالتمر يدا بيد ونسا جميعا فيكون منع من بيعهما يدا بيد للعلة الاولى ومنع من النسا للجنسين وروى زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام انه كره بيع التمر الحديث بالعتيق **فان قيل** فان كان في الحديث فضل رطوبة فكذلك انواع التمر **قيل** له ذلك قدر يسير من التفاوت لا معتبر به لان مثله يكون في المكيل والموزون ولهذا قالت العلماء ان الوزن اخص من الكيل ولهذا اجازوا بيع الذهب بالذهب وان وزنا بالميزان وان جوزنا ان يقع فيه تفاوت يسير لو وزن بالطيار لم يضر ذلك القدر فبان ان ذلك معفو عنه وليس كذلك حال الرطب اذا جف لانه يتناقص تناقصا بينا ويقع بين حاليه في النقصان تفاوت عظيم وكذلك العنب والزبيب فلم يجب ان يكون حكمهما حال التمر الحديث والعتيق وانواع التمور **فان قيل** اذا كان الرطب والتمر متساويين في الحال فلم وجب ان يعتبر المآل **قيل** له لسنا نسلم انهما متساويان في الحال لان اجزاء التمر التي في الرطب انقص من اجزاء التي في التمر الجاف وانما ساواه بالرطوبة التي هي اجزاء الماء

كذا

فسقط ما سألتم عنه قال ولا يجوز بيع العنب بالزبيب والكلام فيه كالكلام في الرطب والتمر واظن الخلاف فيهما واحدا قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق والمراد به اذا كان الدقيق دقيق الحنطة وبه قال ابو حنيفة والشافعي ولا احفظ فيه خلافا ووجهه ان اجزاء الحنطة تكون اكثر لان الحنطة اذا طحنت زادت كيلا وهذا تمام قولنا في الرطب بالتمر والعنب بالزبيب قال ولا باس ببيع العجين لان الخبز قد خرج عن الكيل الى ان صار موزونا وكذلك العجين فلم يحصل فيه الاجزاء معلومة

الربا وأما بيع النسا دون التفاضل قال ولا يجوز بيع الحنطة المبلولة بالحنطة
المقلوة وذلك لما بينهما من التفاوت لأن المبلولة أجزاؤها أقل من أجزاء المقلوة
لأن المبلولة لا تساوي المقلوة لما فيها من أجزاء الماء فالكلام فيها كالكلام في
الرطب بالتمر **مسألة** والثياب مختلفة الأجناس فالخز مع نوعه جنس
واحد وكذلك المروي جنس واحد وكذلك العصب والوشي ولا بأس ببيع الثياب
إذا اختلفت أجناسها واحدا بواحد وواحدا باثنين معجلا ومؤجلا فإن كان من
جنس واحد جاز التفاضل وحرم النسا وكذلك القول في غير الثياب مما
قلنا لأن من الاختلاف والاتفاق في أجناس الثياب لأنها فروع من أصول هي مختلفة
الأجناس لأنها تكون من القطن والكتان والإبريسم والخز ونحو ذلك والذي
يبين أنها أجناس مختلفة أن الزكاة تجب في بعضها ولا تجب في بعض لأنها لا تجب إلا
في الإبريسم والخز والصوف وتجب في الكتان والقطن ثم القطن والكتان لا يجب
ضم بعضها إلى بعض كما لا يجب ضم الشاء إلى الإبل وذلك أنهما جنسان مختلفان
وكذلك اختلاف حصولهما على المناظر دال على ذلك والإبريسم والصوف أيضا
مختلفة لأن الصوف من الضأن وهي مخالف للدود والخز وكذلك الدود والخز
مختلفان لما ذكرناه فإذا ثبت ما قلناه في أصول الثياب ثبت ذلك في الثياب كما قلنا
في اللحوم والألبان وأما ما ذكرناه من كيفية جواز بيع بعضها ببعض فقد تقدم
القول فيه فلا وجه لإعادته **قال** والحديد كله جنس واحد وكذلك النحاس
والرصاص ووجهه أنها لا تختلف على المناظر في المعاني المقصودة منها عليها إليها وفي
الإبريسم الأخضر على مضى القول فيه فلا وجه لإعادته **مسألة** قال ولا بأس
أن يشتري حيوانا بحيوان مثله أو خلافه مع تعدد بينا فيما تقدم أنه لا بأس أن
يشتري الحيوان بالحيوان سواء كانا جنسين أو مختلفين يدا بيد فإذا ثبت
ذلك فدخول النقد إن لم يرد البيع تأكيدا لم يكسبه ضعفا فوجب
أن يكون على ما قال **قال** ولا بأس أن يشتري ثوبا ودرهما بدينار وهذا صحيح
على ما بيناه **قال** ولو قال اشتريت منك هذا الثوب بدينار إلا درهما (درهم)
كان ذلك والأول سواء **اعلم** أنه أجرى قوله اشتريت منك هذا الثوب
بدينار إلا درهم مجرى قوله اشتريت الثوب والدرهم بدينار ووجهه من أصلنا

حمل عقود المسلمين على الصحة متى امكن ذلك واحتمل اللفظ معنى يفسخ او احتمل صرفه الى معنى صحيح فاذا ثبت ذلك واردنا حمل هذا اللفظ على معنى صحيح لم يخل من ان نقول قد بعتك هذا الثوب بدينار وحط منه ما قيمته الدرهم او نقول ان معناه بيع الثوب ودرهم بدينار لم يجز حمله على انه ثوب بدينار قد حط منه ما يكون قيمته درهم لما فيه من الجهالة ولانه يحتاج الى ضرب من الاجتهاد فلم يبق الا ما قلنا فكان حمل اللفظ عليه اولى **قال** ولا باس على هذا ان يشتري ثوبا بدينار الا مكوك طعام ووجهه ما بينا الا في المسألة التي قبلها **مسألة** ولا باس باشتراء الارض بالحنطة او الدراهم اذا لم يكن فيها حنطة قائمة وهذا لا اشكال فيه اذ ليس مع المبيع شيء من جنس الثمن قال فان كان فيها حنطة قائمة لم يجز ان يشترى بالحنطة وحدها ولا مع غيرها فان كانت الحنطة التي اشترى بها الارض اكثر من الحنطة القائمة في الارض جاز ذلك مجريا وهذا محمول على انه لا يعلم ان الحنطة المشترى بها اكثر من الحنطة القائمة في الارض ان اشترى بالحنطة وحدها وان كانت اشتريت بها مع غيرها من العين او الورق كان محمولا على ان تكون الارض اشتريت وحدها بالعين والورق والحنطة بالحنطة من غير ان يعلم التساوي فيهما فيكون الفساد راجعا الى الحنطة بالحنطة ويصح بيع الارض بالعين او الورق

كذا

فاما اذا اشتريت الارض وفيها حنطة بالحنطة فيجب ان لا يجوز بيع البيع الا ان تكون الحنطة المشترى بها الارض اكثر من القائمة في الارض لتكون الحنطة بالحنطة مثلا بمثل وما فضل من الحنطة كان ثمنا للارض على ما بينا الا في مسألة الزبد باللبن والزبد قال ولا باس ان يشترى بما يكال يدا بيد ولا يجوز نسا وذلك ان ما يكال لا يجوز ان يباع بما يكال نسا على ما مضى القول فيه وان باع ارضا فيها حنطة بارز نسا كان قد باع حنطة بارز نسا ولا يجوز ذلك وانما يجوز ذلك يدا بيد قال فاما ما يوزن فلا باس ان يشترى به يدا بيد ونسا وذلك انه لم يحصل بينهما شيء مما يوجب الربا لا من الجنس ولا الكيل ولا الوزن لان احدهما اذا كان مكيلا والاخر موزونا لم يشتركا في شيء من اوصاف علة الربا قال وكذلك القول في سائر الزروع القائمة في الارض وقد مضى بيانه فلا حاجة

بنا الى اعادته **قال** فان بيعت الارض واستثني زرعها فلا باس بجميع ذلك وذلك
ان الزرع اذا استثني ولم يعقد البيع عليه كان الارض هي المبيعة على الانفراد فصح بيعها
بجميع ما تقدم بيانه وانما اذا لم يحصل هناك شيء من الاوصاف عليه الربا **مسئلة**
قال فلو ان رجلا اشترى مكيلا او موزونا بكيل معلوم او وزن معلوم لم يكن له ان يبيعه
حتى يستوفيه بكيله او وزنه واذا باعه وجب اعادة كيله او وزنه وذلك لما روي عن
النبي صلى الله عليه وآله انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع
وصاع المشتري ومن طريق الاعتبار انه لا يتعين حقه الا بان يكتاله لجواز ان يزداد او
ينقص اذا كيل فصار قبل الكيل وان قبض في حكم ما لم يقبض اذ الاستيفاء يجب ان يقع
بالكيل فما لم يكتل فكانه لم يقبض في الحكم وكذلك الموزون يجوز ان يزداد او ينقص
اذا وزن فاذا اشتراه وزنا ولم يزنه لم يكن في الحكم قابضا وهذا المشتري الثاني اذا
اشترى منه مكيلا او موزونا لا يتم بيعه الا ان يكيل المكيل ويزن الموزون لان
القبض لا يتم الا بهما على ما بينا ولا يتم البيع الا بالقبض الا ترى ان المكيل اذا كيل مرة
اخرى وكذلك الموزون اذا وزن مرة اخرى لا يمتنع ان يزيد او ينقص فلذلك قلنا ان
المشتري الثاني ايضا لا بد له من كيل او وزن على انه اذا ثبت انه قبل الكيل والوزن لا يكون
قابضا حقه على التحقيق ابطلنا البيع قبلهما بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه نهى
عن البيع قبل القبض وما روي انه صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الطعام قبل القبض
وروى زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام انه قال اذا اشترى شيئا مما
يكال او يوزن فقبضه فلا يبيعه حتى يكتاله او يزنه وبه قال ابو حنيفة واصحابه
قال والبيع والاقالة والتولية فيه سواء اما التولية فهي بيع لا خلاف فيه فوجب
ان تكون هي والبيع في ذلك لا يختلف واما الاقالة فهي عندنا بيع على الوجوه كلها قال زيد
بن علي عليهما السلام الاقالة بمنزلة البيع والتولية بمنزلة البيع وحكي عن مالك انه يقول
به وقال ابو حنيفة الاقالة فسخ في حق المتعاقدين قبل القبض وبعده وعند ابي
يوسف بعد القبض بيع مستقل وكذلك اذا وقعت قبل القبض ويدل على انها بيع
قول الله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل فاقتضى الظاهر تحريم اكل مال الغير
الا ان تكون تجارة عن تراض والتجارة اسم للبيع والشراء فلما ثبت ان البائع يحل له
ما باع بالاقالة عن تراض ثبت انها بيع عن تراض وايضا لما عاد الى صاحبه الاول بتراضيهما

على عوض معلوم

على عوض معلوم وجب ان يكون ذلك بيعاً مستانفاً كدليله لو عاد اليه بثمن من غير ذكر للثمن الاول او عاد اليه بلفظ البيع وايضاً فقد ثبت انها بيع في حق الغير في جانب وجوب الشفعة فوجب ان يكون بيعاً في حقهما دليله البيع لما كان في حق المتعاقدين كدليله ايضاً الهبة على العوض لما كانت بيعاً

كذا

فان قيل الاقالة رفع لذلك كما قيل اقال الله عثرته فوجب ان يكون ذلك رفع البيع وهو الفسخ **قيل** له ليس الامر على ما ذكرت لان اقالة العثرة ليست رفع العثرة لان العثرة قد حصلت فلا يصح رفعها وانما المراد بها اسقاط العقاب المستحق فكذلك الاقالة في البيع يتضمن اسقاط الثمن المستحق بالبيع سوى كان على وجه المقاصة بان يستحق المشتري عليه بمثل ثمنه او بعينه ذلك واذا كان هذا هكذا لم يكن في لفظ الاقالة دليل على انها فسخ وانما يدل على ما قلناه **فان قيل** انها تصح بغير تسمية الثمن ولو كان بيعاً لم تصح بغير تسمية الثمن **قيل** له الاقالة تتضمن تسمية الثمن حكماً وان لم يتلفظ بها على ما بيناه من ان معناها اسقاط المستحق من الثمن واذا كان ذلك كذلك لم يمتنع ان يكون بيعاً الا ترى ان التولية تصح من غير تسمية لمقدار الثمن وان كان ذلك لا يصح في سائر البياعات لما كان معنى التولية يتضمنه حتى يكون في حكم المنطوق فكذلك الاقالة يتضمنها معنى تسمية الثمن **فان قيل** لو كانت الاقالة بيعاً مستانفاً لما صحت قبل القبض **قيل** له الاظهر على مذهب اصحابنا انها لا تجوز قبل القبض لتصنيص يحيى عليه السلام في المسئلة التي نحن فيها لان الاقالة لا تصح فيما يكال حتى يكال فيسقط عنا هذا الالزام على ان الاقرب انه قول زيد بن علي لانه قال عليه السلام يصححها ما يصحح البيع ويفسدها ما يفسد البيع على ان جميع ما الزمونا نلزمهم في حق الغير لانها عندهم في حق الغير بيع مستانف **فان قيل** لو كان بيعاً لم يجز في السلم قبل القبض **قيل** له لا يمتنع ان نقول انه في السلم قبل القبض فسخ لانه لا يتعلق عليه شيء من احكام البيع المستانف ولانه لا يعد الى ملك صاحبه شيء عن من خرج من ملكه اعني المسلم اليه وانما يسقط عن ذمته ما كان ثابتاً فيها فلم نحصل فيها اذا كانت في السلم شيء مما دللنا على انها بيع فلم يجب ان تكون بيعاً **مسئلة** قال والمستحب لمن باع مكيلاً ان لا يشتري بثمنه مكيلاً سواه قبل قبض الثمن ومعناه مكيلاً من جنسه ووجه الاستحباب فيما ذكر انه يكون

ابعد من تهمة الربا ومشابهته لانه اذا اعطاه صاعا عتيقا تمرا رديا وعقد عليه البيع
بثمن معلوم ثم اشترى بذلك الثمن صاعا من تمر جيد قبل قبض الثمن يكون كانه
توصل الى معنى الربا بذلك الثمن لانه لا يبطل البيع في ذلك لكن استحب ما ذكرناه
للوجه الذي بيناه قال فان اشترى بثمنه قبل قبضه موزونا او شيئا مما لا يكال
ولا يوزن لم يكن به باس وكذلك القول فيمن باع موزونا وذلك انه اذا اشترى
بثمن المكيل الموزون فنفى تهمة الزيادة الربا اذ يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا لان
فاو لا ان لا يجوز ولا يكره لدخول الثمن بينهما واما الموزون في هذا الباب
في انه لا يشترى به موزونا من جنسه من قبل قبض الثمن استحبابا فهو كالمكيل
للوجه الذي بيناه **مسئلة** ولا يجوز بيع اللحم من اي جنس كان
بحيوان يؤكل لحمه الاصل فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم
انه نهى عن بيع اللحم بالحيوان وكان القياس ان ذلك يجوز لان الحيوان لا يجري
فيه تحريم التفاضل على ما مضى القول فيه لانه لا يحصل فيه ومفاعلة الربا
الا ترى انه لا يتأتى فيه الكيل والوزن بل لا يتأتى فيه يحصل فيه الا الجنسية
فكان الواجب ان يحمل ذلك على المذبوح واللحم الذي من جنسه كما كان يذهب
اليه ابو حنيفة وابو يوسف ثم روى ان جزورا نحرت على عهد رسول الله صلى الله
عليه وآله وسلم فجاء رجل بعناق فقال اعطوني منه بهذا العناق فقال ابو بكر
لا يصلح هذا وقيل ذلك عن ابن عباس ايضا ولا يجوز ان يكونا قالاه الا نصا
اذ النظر لا يقتضيه على انهما لو كانا قالاه اجتهادا فلا يعرف لهما مخالف في الصحابة
فجرى مجرى الاجماع فلما ثبت ذلك حملنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم على ذلك
وقلنا لا يجوز بيع اللحم من اي جنس كان بشيء من الحيوان الذي يؤكل لحمه وبقينا
ما لا يؤكل لحمه على القياس وقلنا باجازته لانهما قالا لا يصلح لحم الجزور بعناق فكان
فيه ان اللحم وان كان من جنس مخالف لذلك الحيوان فانه لا يجوز ان يشترى به
وان كان مما يؤكل لحمه وما قلنا في هذا الباب قال الشافعي **مسئلة** قال ولا يجوز
بيع المزابنة وهي بيع التمر في رؤوس النخل والنخلات بتمر مكيل او غير مكيل
واشار القاسم الى انه يجوز في العرايا قال وهي النخلة والنخلتان والثلاث والعشر قال والعرايا هي العطاء
يعطيها صاحبها فيجني رطبا والاصل فيه ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه نهى عن بيع المزابنة وهي بيع



التمر في رؤوس النخل بتمر روى ذلك من طرق شتى وروى زيد بن علي عن ابيه
عن جده عن علي عليهم السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله انه
نهى عن بيع المزابنة وهي بيع التمر في رؤوس النخل) عن المحاقلة والمزابنة ولان النبي
صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر الا مثلا بمثل كيلا بكيل ولانه
لو كان موضوعا على الارض كان لا يجوز ان يباع تمر مجازفة حتى يتساويا في الكيل
فكذلك اذا كان على رؤوس النخل وهذه الجملة لا خلاف فيها وهو ايضا مقيس على ما زاد
على خمسة اوسق والعلة انه بيع التمر بالتمر من غير تحقق المساواة بينهما او لانه بيع
تمر على رؤوس النخل بتمر واختلف في العرايا فذهب ابو حنيفة واصحابه الى ان العرية
هي العطية وبه قال مالك واباه يعني القسم فيما ذكره وقال ش هي بيع التمر على رؤوس
النخل بخرصها من التمر وقال وهي مشتقة من اعراء بعض النخيل عن بعض وهو الافراد
قال وذلك جائز فيما دون خمسة اوسق فكل ما ذكرناه من الاثر والنظر يدل على
فساد ما قال وفيه ايضا انه مقيس على بيع الحنطة في المزرعة بخرصها حنطة
قد حصلت بعلة انهما جنس مكيل فلا يجوز بيع بعضه ببعض الا مثلا بمثل

فان قيل ان رسول الله صلى الله عليه وآله رخص في العرايا روى
عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وآله رخص في العرايا ونهى عن بيع التمر بالتمر
وحدثنا زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وآله رخص في العرايا بالتمر وروي
عن خارجة بن زيد بن ثابت عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وآله رخص في
العرايا بالتمر او الرطب وروى نحوه عن جابر وابي هريرة انه صلى الله عليه وآله رخص
في العرايا فيما دون خمسة اوسق او في خمسة اوسق شك الراوي **قيل** له هذه   كذا
الاخبار تحتمل ثلاثة اوجه احدها ما ذكره ابو العباس الحسني رضي الله عنه في
النصوص من ان معناه ان يعطي الرجل نخلات من النخيل ليجتني رطبا بتمر مؤجل وفيه
ترخيص للمحتاجين الذين يشكون الى الرسول صلى الله عليه وآله ان الرطب ياتيهم
ولا نقد في ايديهم فرخص رسول الله صلى الله عليه وآله في شراء ما دون خمسة اوسق
بتمر مؤجل لئلا يلحقهم الضرر باخراج العشر لانه من اصل يحيى عليه السلام ان المشتري
اذا اشترى ما يجب فيه العشر كان عليه ان يخرج العشر وان يرجع بثمنه على البائع

قال والخرص الى ما على رؤوس النخل ومعنى الخرص الاحتراز من لزوم العشر وحكى الطحاوي

عن عيسى بن ابان انه قال ان العرية هي الهبة قبل التسليم وهي لم تصر ملكا للمعرى **قال**
ولا يجوز للاخذ ان ياخذ بدلا لما لم يملك فيملكه والتمر الذي ياخذه المعرى بدلا من عريته
لم يملكها تطيب له ويملكه بهذه الرخصة التي في هذا الخبر وذكر فيه وجها ثالثا
وهو ان المعرى هو الواهب لتلك النخل اراد الرجوع قبل التسليم وقد كان حين وهب
يضمن تلك الهبة التسليم فكان عدة ويكره للمسلم الاخلاف في الوعد وكذلك
للموهوب له اخذ عوض ما لم يملكه فاجاز الخبر ذلك فاخرج المعرى من ان يكون
خالف الوعد واجاز للمعرى تناول بدل ما لم يملك ويسمى ذلك بيعا على طريق المجاز
لاشتماله على المعاوضة **فان قيل** فكيف يستقيم هذا في الوجهين على مذهبكم
وعندكم ان الهبة تصح من غير قبض **قيل** له يصح ذلك من وجهين احدهما انا نجوز
الرجوع فيها وان كرهناه فدل هذا الخبر على انه لا يكره اذا عوض المعرى والثاني انا لا
نصحح الهبة الا بالقبول فيجعل بدلا قولهم التسليم القبول كان ذلك قبل القبول
فتستتم التاويلات والله اعلم **فان قيل** لما روي ان رسول الله صلى الله عليه
وآله نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وجب ان يكون ذلك مستثنى من جملة البيع
قيل له لا يجب ذلك لان كل واحد من اللفظين يستقل بنفسه فلا يجب
ان يجري مجرى الاستثناء ويجوز ان يكون بعض الرواة تاول ذلك على ما قاله
الشافعي فاستثنى ذلك من عند نفسه **فان قيل** فما فائدة ذكر الاوسق
على التاويلين الآخرين **قيل** له يجوز ان تكون الرخصة اتفقت فيما دون
خمسة اوسق فروى ابو هريرة على ما شاهد لا ان للاوساق فيه تاثيرا على
ان حمل الخبر على ما قلناه اولى لان سائر الاخبار تعضده والقياسات تؤكده
والاصول تشهد له لان شيئا من المكيل ولا الموزون عندنا ولا المكيل عند
الشافعي لا يجوز بيع بعضه ببعض خرصا بل لا يجوز الا مع العلم بالمساواة
ويؤكد ذلك ما روي خففوا الخرص فان في المال العرية والوصية وقد علمنا
ان المراد به ليس هو البيع لان التخفيف لا يجب من اجل البيع **فان قيل**
فقد روي ارخص في البيع بيع العرايا وشيء مما ذكرتموه ليس ببيع **قيل**
له لا يمتنع ان يجري عليه اسم البيع كما قال الله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين
انفسهم واموالهم ثم قال فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به وقال ومن الناس

من يشتري لهو الحديث وقال ولا تشتروا بآياتي ثمناً قليلاً ومنه قيل للبيعة بيعة
وكلٌّ مستعمل على طريق التجوز على بالبيع وكذلك ما سائرهم عنه =
للأدلة التي بيناها على الخصم إذا قالوا بذلك قالوا بتخصيص العلة مع إنكارهم
له لأنهم لا يجيزون المأكول الجنس إلا مثلاً بمثل ولا يجيزون الوصول إلى التماثل
بالخرص فقد أجازوا في هذه المسألة فقد ناقضوا أصولهم والبيع على غير جهة
المماثلة وفي المتوصل إلى المماثلة بالخرص والله أعلم والحكم بالصواب وبالله التوفيق



باب القول في خيار المتبايعين بالخيار ما لم يفترقا

تفرق الأقوال ولا معتبر بتفرق الأبدان وهو قول زيد بن علي عليهما السلام وبه قال
أبو حنيفة وأصحابه ومالك وقالت الإمامية التفرق تفرق الأبدان وبه قال الشافعي
والذي يدل على صحة قولنا قول الله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وقد عقد
البيع بينهما من غير شرط الخيار فلو جعلنا لهما الخيار لكنا أجزنا لهما ترك الوفاء بالعقد
وذلك خلاف ما تضمنت الآية ويدل على ذلك قول الله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم
بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض والتجارة هي البيع والشراء قد حصلا عن تراض
فوجب أن يجوز للمشتري أكله واستهلاكه والقول بخيار المجلس مخالف للآية
وقال وأشهدوا إذا تبايعتم والغرض به التوثقة وإثبات الخيار له بعد العقد
والإشهاد إبطال للتوثقة وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال من اشترى
طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه فيقتضي ذلك إجازة البيع بعد القبض من غير ذكر الخيار
ومثله ما روي أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه
الصاعان صاع البائع وصاع المشتري وروي عنه عليه السلام أنه لا يجزي ولد والده
إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه فعلق العتق بالشراء من غير اشتراط الافتراق
يدل على أن الملك يستقر بنفس العقد ويؤكد ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله
المسلمون عند شروطهم لأن كل واحد منهما دخل في العقد للتمليك بنفس العقد
وروي من باع عبداً فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع فجعله للمبتاع بالشرط من غير
التفرق **فإن قيل** روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال البيعان بالخيار
ما لم يفترقا فجعل لهما الخيار قبل التفرق **قيل** له وقد روي المتبايعان بالخيار وهذان

وهذا ان الاسمان لا يكونان ثابتين لهما الا في حال الفعل واما بعد تقضي الفعل فانما يجري ذلك الاسم عليهما على الحقيقة سبيل المجاز وهذا القول القايم بل في جملتين انهما متجاريان او متقاتلان او متضاربان في ان ذلك لا يستعمل الا في حال كونهما كذلك يؤكده ذلك انهما لو تفاسخا بعد البيع كانا متفاسخين فلو كان الاسم يبقى بعد الفعل كانا في الحقيقة متفاسخين متبايعين وذلك يناقض فصح ما قلناه واذا صح ذلك وثبت ان المراد بقوله البيعان وقوله المتبايعان المتساومان لان السوم يعبر به عن البيع كما روي عنه عليه السلام لا يبيعن احدكم على بيع اخيه وفي خبر اخر لا يسومن على سوم اخيه فعبر عن السوم تارة بالبيع وتارة بالسوم فعلم ان البيع يستعمل في السوم وروى نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال كل بيعين لا بيع بينهما حتى يفترقا الا بيع الخيار فلم يجعل بينهما بيعا حتى يفترقا وقد سماهما متبايعين فعلم ان المراد به المتساومان اذ لا خلاف ان البيع واقع بنفس الايجاب والقبول واذا ثبت ذلك ثبت ان الفرقة تكون فرقة الكلام قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا وقال ان الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعا وروي عنه صلى الله عليه وآله وسلم انه قال ستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة والمراد بجميع ذلك تفرق الاقوال فوجب ان ينقطع الخيار عند حصول اول جزء منه كما ان اباحة الاكل والشرب لما جعلت غايتها للصايم وقت طلوع الفجر كان اول جزء من الفجر اذا طلع قاطعا للغاية وذلك حكم العادات اجمع فدل ذلك على انقطاع خيارهما عند حصول تفرق الاقوال على ان تفرق الاقوال الابدان لا تاثير له مع عدم تفرق الاقوال فبان ان الحكم يتعلق بتفرق الاقوال اذ التاثير له دون تفرق الابدان الذي لا تاثير له على انا لو حملنا الا على تفرق الابدان لم يجب فيه ما ذهب اليه مخالفنا لانه يحتمل ان يكون المراد به ان البايع اذا قال بعتك فللمشتري قبوله في المجلس ما لم يفارقه اذا لم يعرض عنه ويأخذ في غيره وللبايع الرجوع فيه ما لم يقبله المشتري وان افترقا قبل القبول في المجلس بطل الايجاب ولم يكن للمشتري القبول فيكون هذا الخيار مقصورا على المجلس **فان قيل** التفرق اذا اريد به الحقيقة فهو تفرق الابدان دون تفرق الاقوال فعليها يجب ان يحمل قول النبي صلى الله عليه وآله وكذلك قوله البيعان بهذا الاسم لا يكون حقيقة الا بعد حصول البيع

[في الهامش: لان معنى المتفاعلين ان يكون اسما للمتفاعلين على الحقيقة في حال التفاعل]

قيل له قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم وكذلك قول الله تعالى حملها على ما يحصله العرف حقيقة دون ما يوجبه أصل اللغة والاشتقاق والعرف عرفان عرف اللغة وعرف الشرع كما قلنا لك في الغائط والدابة والصوم والصلاة فاذا ثبت ذلك فقد علمنا ان عرف اللغة قد جعل التفرق حقيقة في الاقوال اذا استعمل فيما يكون مخاطبة ومفاوضة حتى لا يعقل عند الاطلاق الا ذلك فوجب حمل قوله صلى الله عليه وآله فيما اختلفنا فيه على تفرق الأقوال لأنه وارد في حكم الايجاب والقبول والسوم والبيع وكل ذلك اقوال كما يجب ان يحمل قول القائل فلان وفلان اتفقا في كذا ثم افترقا على تفرق القول لتعلق ذلك بالاقوال كذلك البيعان فلا بد من ان يدخلهما المجاز على المذهبين جميعا لأن حقيقة الأسماء المشتقة من الأفعال لا تستعمل حقيقة في الفاعلين الا في حال الفعل كالمصلي والقائم والقاعد وما جرى مجراها والبيع لا يحصل الا بعد خروجهما عن حقيقة البيعين فلا بد من أن يكون ذلك على مذهبهم مجازا كما انه اذا استعمل في اسم السوم كان مجازا فاذا استويا في هذا الوجه لم يكن لهم به تعلق فان قيل فقد روي في بعض الأخبار حتى يفترقا عن مكانهما الذي عقدا فيه قيل له وذلك محمول على الوجه الذي قلنا من خيار الشرط في المجلس فان قيل فقد روي البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول احدهما لصاحبه اختر قيل له معناه ان الخيار يبطل بالتفرق الا ان يجعل احدهما لصاحبه خيار شرط فكان الخيار ثابتا او

كذا

القول متى حصل وجب

ان يكون البيع تاما لا خيار فيه دليله الخلع والنكاح والمعنى ان كل واحد منهما انما هو القبول والايجاب فلم تفتقر صحة واحد منهما الى غير القبول والايجاب فكذلك البيع ويشهد له العتق على مال والكتابة وان شئت قلت هو عقد معاوضة فيجب ان لا تفتقر صحته الا الى الايجاب والقبول وليس يلزم على ذلك الهبة لأن الهبة عندنا غير مفتقرة الى القبض وصحتها بالقبول والايجاب عندنا فقط وايضا لو كان الخيار موجب عقد البيع كان يجب ان لا يصح عقد الصرف لأن من شرط صحته ان لا يتفرقا وليس بينهما شيء كما روى ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وآله

قال في الصرف لا بأس ما لم يفترقا وبينهما شيء فلو لم ينبرم العقد حتى يفترقا
وكان التفرق وبينهما خيار يفسد الصرف كان لا يصح الصرف بتة على وجه من
الوجوه ويمكن ان يجعل الصرف اصلا نقيس عليه فنقول لما كان عقد الصرف
لا نفتقر صحته الى تفرق الابدان ولا يثبت به الخيار فكذلك ما اختلفنا فيه
والمعنى انه عقد بيع او عقد معاوضة وحديث مجاهد ان النبي صلى الله عليه وآله
كان اذا باع او اشترى خير صاحبه دليل على ما بيناه لان الخيار لو كان ثابتا بالعقد
لم يكن للتخيير معنى ولا يجوز ان يقال انه صلى الله عليه وآله كان يريد قطع الخيار
لانه من الاستقصاء والتشدد وخلاف التفضل وخلاف ما روي عنه صلى الله
عليه وآله ان الله يحب العبد يكون سهل البيع سهل الشراء **مسألة**
قال ولو ان رجلا اشترى ثيابا او سلاحا او طعاما او حيوانا او غير ذلك
من غير ان كان رآه رؤية مثله فله الخيار عند رؤيته فان شاء فسخ البيع وان شاء
امضاه وبه قال ابو حنيفة واصحابه وهو قول زيد بن علي عليهما السلام واحد قولي
الشافعي كذلك وله قول آخر ان البيع باطل اذا لم يكن رأى المبيع والحجة فيما
ذهبنا اليه قول الله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا ولم يشترط الرؤية وقال
وقال الا ان تكون تجارة عن تراض وقال واشهدوا اذا تبايعتم ولم يذكر الرؤية
ويدل على ذلك ما روي النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه نهى عن تلقي الجلب
وقال لا تلقوا الجلب فمن تلقى فاشترى شيئا فهو بالخيار اذا اتى السوق ولا وجه لهذا
الخيار الا خيار الرؤية لان العادة ان المتلقي يشتري الطعام وهو في الوعاء
يفتحه اذا دخل السوق ولم تجر العادة بان تفتح الاوعية وهي على الظهر وهم
في الطريق وروي ان عثمان باع بالكوفة من طلحة بن عبيد الله فقال طلحة
لي الخيار لاني اشتريت ما لم ار وقال عثمان لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما
بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة واجمع هؤلاء الثلاثة على ان الانسان
يجوز له شراء ما لم يره ولا يعرف مخالف في الصحابة فجرى مجرى الاجماع بينهم
فان قيل نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر وشراء ما لم يره
من الغرر ونهى عن بيع الملامسة وهو الثوب المطوي **قيل** له ليس يدخل
في الغرر بان لا يكون المشتري رآه فقد يعلم الشيء من غير الرؤية ويتحقق ويعرفه

عن حد الجهالة ألا ترى أنه لا خلاف في جواز بيع ما لم يره وكذلك السلم
يجوز العقد عليه وإن لم يره فبان أن ذلك ليس بغرر فلم يصح إدخال ذلك
في النهي عن بيع الغرر وأيضاً بيع الملامسة فليس هو بيع الثوب المطوي بل ذكره
العلماء أنه بيع كان في الجاهلية وذلك أنه كان يتساوم الرجلان السلعة فأيهما
لمس صاحبه وجب عليه البيع منه وقيل إذا لمس المبيع أو أدى بيده إليه وجب
البيع فلا معنى لحمله على ما قالوا وأيضاً النكاح على مال لم يره والخلع على مال لم يره
جائز وكذلك البيع والمعنى أنه عقد معاوضة فلا يجب أن تكون الرؤية شرطاً
في جوازه ولا خلاف أن الثمن يصح وإن لم يره البائع كذلك المبيع وإن لم يره
المشتري والعلة أن رؤية من يملكه ليس بشرط في صحة تملكه إذ لا خلاف في
جواز شراء الباقلاء في قشره والجوز واللوز وإن كان المشتري لم ير المقصود بالشراء
وكذلك سائر الأشربة على أن عدم الرؤية من جهالة الصفة وجهالة الصفة
ليس أكثر من عدمها وقد يجوز شراء العبد على أنه صحيح وإن كان به عمى أو كان مقطوع اليد
أو ما أشبه ذلك فأولى أن يجوز الشراء وإن لم يره **فإن قيل** لو كان العقد
جائزاً لم يرده بخيار الرؤية **قيل** له هذا منتقض بجواز رده بخيار العيب
وخيار الشرط وإن كان العقد جائزاً فإذا صح العقد بما بيناه فلا خلاف بين المجيزين
له أن له خيار الرؤية وما روي أن جبير بن مطعم حكم به على عثمان دليل على ما
قلناه من قوله صلى الله عليه وآله وسلم من اشترى جلباً فله الخيار إذا دخل
السوق قال يحيى بن الحسين في الفنون إنه إذا وجده على الصفة التي وصفت له فلا خيار
له وحكي عن أبي هريرة أن ذلك قول بعض أصحابهم إذا قالوا بخيار الرؤية وضعف
ذلك فقال الصحيح هو أن للمشتري الخيار على كل حال وهو الصحيح الذي ذكره وأطلقه
في الأحكام دون ما ذكره في الفنون لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل لمشتري
الجلب الخيار إذا دخل السوق ولم يشترط أن يكون ذلك له إذا لم يجده على النعت الذي
نعت أو لا يكون فصح ما قلناه **مسألة** قال وكل بيع بعقد على خيار لا يعلم مده
فهو فاسد وهذا مما لا خلاف فيه لأنه يقتضي الجهالة في العقد لأنه لا يدري متى يستقر
العقد إن استقر ولا متى يبطل إن بطل فيصير العقد مجهولاً ويشتمل أيضاً على الغرر وإن تعليق
حكم المبيع والثمن أبداً فلذلك بطل **مسألة** فإن عقد البيع على حد خيار إلى أمده

معلوم جاز البيع والخيار سوى تطاول الامد او تقاصر بعد ان يكون محدودا معلوما
اما الخيار الثلاثة فلا خلاف فيه ما روى زيد بن علي عن ابيه عن جده عن
علي عليهم السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله من اشترى مصراة
فهو فيها بالخيار ثلاثا وان رجلا اتاه فقال يا رسول الله اني اخدع في البيع والشراء
فجعله فيما باع واشترى بالخيار ثلاثا وما زاد على الثلاث وان كان معلوما ففيه
خلاف قال زيد بن علي عليهما السلام ولا يجوز الخيار اكثر من ثلاثة ايام
وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال اصحابنا يجوز اذا كان الى وقت بعينه
وان طال امده وبه قال ابو يوسف ومحمد ووجهه ما اجمعوا عليه من ان شرط خيار
ثلاث يصح ويصح البيع معه وكذلك ما زاد على ذلك اذا كانت مدة الخيار
مدة معلومة والعلة انه اشترط لنفسه الخيار الى امد معلوم فثبت ان الخيار
المعلوم المدة يجب ان يكون صحيحا بدلالة على صحة ذلك

ويدل على ذلك ما روى
النبي صلى الله عليه البيعان بالخيار ما لم يفترقا الا بيع الخيار وما روى عن عمرو بن
ابن عمر عن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله
البيعان بالخيار ما لم يفترقا الا ان تكون صفقة خيار فاثبت صلى الله عليه وآله بيع
الخيار وصفقة الخيار من غير اشتراط ان يكون الخيار الى مدة معلومة بعينها فاقتضى
ظاهر الخبر جواز كل بيع يشترط فيه الخيار على اي وجه يشترط واستثني
خيار لا يعلم امده للاجماع ولما فيه من الجهالة على ما مضى وبقي الباقي على مقتضى
الخبرين ويدل عليه قوله صلى الله عليه وآله البيعان بالخيار ما لم يفترقا او يقول
احدهما لصاحبه اختر ولم يشترط ان يكون الخيار في قليل المدة او كثيرها
فكان دليله كدليل الخبرين الاولين **فان قيل** اشتراط الخيار فيه غرر
والنبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع الغرر فوجب ان لا يجوز من ذلك الا مقدار
ما ورد الاثر به وحصل عليه الاجماع وهو خيار الثلاث وبقي ما زاد عليه داخلا
في جملة النهي عن بيع الغرر **قيل** له الجواب عن هذا من وجهين احدهما ان
مثل هذا لو ثبت فيما قلتم لم يجب الامتناع من القياس عليه فنخرج نقيض ما زاد
على الثلاث على ما ورد فيه وحصل عليه الاجماع فنخرجه بالقياس من جملة النهي
عن الغرر والثاني ان اشتراط الخيار اذا كان معلوم المدة فلا يجب ان يكون غررا لانه

أبعد من الغرر من خيار الرؤية الذي أجزناه وأجازه أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ومن خيار الرد بالعيب الذي لا خلاف فيه بين المسلمين فإذا لم يكن فيهما غرر فأولى أن لا يكون في الخيار المعلوم المدة غرر لأن هذين الخيارين لا يعلم أحدهما وما لا يعلم مدته أدنى إلى الغرر مما يعلم مدته وأيضا البائع والمشتري دخلا في خيار الرد لأنهما لزمهما ذلك من غير اختيارهما ومن غير رضى به ولا تعلقهم بما تعلقوا به **مسألة** قال ولا فصل بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما جميعا فيما يفسد به العقد أو يصح وهذا مما لا خلاف فيه لأن تأثير الخيار يرجع إلى العقد ولا معتبر فيه بأحوال المتعاقدين فوجب أن تستوي فيه أحوالهما **مسألة** قال وإذا اشترى شيئا وقبضه واشترط لنفسه خيارا إلى أمد معلوم ثم تلفت السلعة نحو أن يكون حيوانا أو ما جرى مجراه قبل انقضاء مدة الخيار ولم يكن اختار الرد لزم الثمن وكانت السلعة من ماله وكذا إن نقصت عند المشتري والخيار له وقال أبو حنيفة مثل قولنا وقال ابن أبي هريرة ويحتمل وجهين أحدهما أن على المشتري القيمة والثاني أن عليه الثمن مثل قولنا أرادنا لنقصان حدوث العيب فيها والوجه في المسألتين جميعا أن العيب إذا حدث والخيار للمشتري بطل خياره وتم البيع لأن بطلان الخيار يوجب إتمام البيع فإذا تم البيع لزمه الثمن وإنما قلنا خياره يبطل لأنه قبضه صحيحا فلا يجوز رده معيبا وإذا بطل الرد بطل الخيار لأن الخيار إنما هو للرد وكذا إذا مات بطل خياره في آخر جزء من حيوته لأنه صار معيبا ولا يمكنه رد المعيب

فوجب عليه الثمن وأيضا إذا مات أو تلف إن كان ثوبا أو نحوه بطل الخيار لأن الرد فيه

فإن قيل إذا قلتم إن خيار الرد بالعيب لا يبطل بحدوث عيب آخر عند المشتري فلم قلتم إن خيار الرد المشروط يبطل إذا حدث في يد المشتري عيب فيه **قيل** له لأن المعيب إذا العقد اقتضى تسليم الصحيح فكأنه في الحكم قد سلم بعد ما اقتضاه العقد جزءا منه وليس كذلك التسليم مع خيار المشتري لأنه قد سلم ما اقتضى العقد تسليمه صحيحا فإذا أحدث فيه العيب لم يجز له رده معيبا وقد أخذه صحيحا فيبطل خياره ولزمه البيع وإذا صح ذلك بطل قول من يقول أن على المشتري القيمة دون الثمن لأنا قد بينا أن البيع قد تم وبطل الخيار ووجب لزوم

مبتيض في الام وهكذا الكل ما كان مبيض فهو في الام

فوجب لزوم الثمن له **مسئلة** قال ولو تلفت السلعة عند المشتري والخيار للبائع
كانت السلعة من مال البائع ولم يلزم المشتري شيء قال ابو حنيفة هو من مال البائع ه
واوجب القيمة على المشتري وقال الشافعي بوجوب القيمة وانما قلنا انه من مال البائع
لان البائع لم يطلق البيع بل جعل لنفسه الخيار خيارا فيه ولم يرض بخروج الشيء
عن ملكه مالم يبطل الخيار كما   لو ساوم ولم يوقع العقد لم يخرجه
عن ملكه مع ان الخيار له ولو كان خرج الشيء عن ملكه لوجبت فيه الشفعة ثم اذا ه
اختار فسخ البيع   كان يجب ان يكون عاد الى ملكه فكان فيه ه
ايضا الشفعة ويكشف ذلك ان الخيار اذا كان للمشتري فللشفيع فيه الشفعة ه
لان الملك قد انتقل الى المشتري ويدل على ذلك قوله صلى الله عليه وآله كل بيعين لا
بيع بينهما حتى يتفرقا وهما لم يتفرقا لان التفرق هو ان لا يبقى بينهما شيء فما يكون للبائع
خيار فيه فلم يحصل التفرق حكما واذا ثبت انه من مال البائع وجب ان لا يلزم المشتري
فيه اذا اتلف شيء كالوديعة والعارية والعبد المستاجر والمعنى انه قبضه باذن ه
صاحبه وهو باق على ملكه يملك الرجوع فيه متى شاء من غير ان كان حفظه مضمونا
عليه   اذن مالكه فلا يلزم عليه ه
المقبوض   على وجه السوم لانه
يلزم الرهن عليه لان فيها خبر
لا العارية المضمونة لان الحفظ مضمون فيهما على
غير مسلم لانه ضمن بشرط
انقطاع خيار البائع
لان كل مقبوض على الضمان يجب ضمانه كما ان المضارب لو قبض ه
مال المضاربة على الضمان لم يجب الضمان وكذلك المودع لو قبض على الضمان لم يجب
الضمان **فان قيل** روي ان عمر اجرى فرسا اراد ان يشتريه فتلف فحكم عليه شريح
بالقيمة فالزمه القيمة لانه تلف في يده وقد اراد ان يشتريه
قيل له يحتمل
الجناية فلذلك
ضمنه شريح **مسئلة** قال فان زادت السلعة والخيار للبائع كان على خياره ه

كذا

من اصل الاصل

ولو نقصت

ولو نقصت صارت للمشتري فيها الخيار وذلك انا قد بينا ان السلعة على ملك البائع فاذا كانت على ملكه لم يوجب زيادتها ولا نقصانها خروجها عن ملكه ولو ابطلنا خياره او اوجبنا خروجه عن ملكه وقلنا انها ان نقصت صار للمشتري خيار رد العيب كما انه لو اشترى معيبا كان له ذلك لانه يملك بانقطاع خيار البائع والعيب حدث قبل ذلك **مسئلة** قال ولو كان الخيار للبائع والمشتري جميعا فماتا او مات احدهما بطل الخيار وثبت البيع تحصيله ان من مات منهما بطل خياره فان ماتا جميعا بطل خيارهما ومن بقي منهما بقي خياره وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال الشافعي الخيار يورث ووجهه انه حق لا يسقطه مرور الزمان مع السكوت فوجب ان لا يورث دليله خيار القبول ويقاس عليه وعلى خيار الوصي بفسخ الوصية في انه لا يورث بعلة انه خيار لا يجوز ان يتحول مالا كخيار الرد بالعيب الا ترى ان العبد المعيب لو مات في يد المشتري رجع على البائع بارش العيب فيتحول الخيار مالا ويجوز ايضا ان يصالح عنه على مال فيتحول مالا **فان قيل** الخيار انما جعل لتدارك ندامة ان لحقت او عيبا ان ظهر والوارث والموروث في هذا سواء **قيل** له وكذلك خيار القبول جعل ليقبل المشتري ان راى حظا او يترك ان راى غبنا ويستوي في هذا الوارث والموروث ولم يجب ان يورث فكذلك خيار الشرط **فان قيل** هو حق ثبت الحال مات من هو له فيجب ان يورث كسائر الحقوق **قيل** له هذا منتقض بخيار القبول وخيار الوصية قال وكذلك ان جاء الوقت الذي هو امد الخيار بطل (وسكت) الخيار وهذا مما لا خلاف فيه ولا اشكال لان العقد وقف على الخيار الى تلك المدة فاذا مضت المدة والخيار لم يحصل بطل الخيار واذا ابطل الخيار ثبت العقد واستقر كما انهما لو ابطلا الخيار قبل المدة ثبت المبيع ويقال في الخيار لا يورث اذا مات من له الخيار سقط حقه من الفسخ فوجب ان يستقر البيع دليله اذا سقط بمضي مدة الخيار **فان قيل** لسنا نسلم ان حقه يسقط لكنا نقول انه يعود الى الوارث **قيل** له نحن قد بينا سقوطه انه لا يصح منه استيفاؤه على وجه من الوجوه وهذا صحيح لا اشكال فيه وانه ثبت للوارث او لم يثبت لا يمنع من سقوطه وهذا هو الواجب في جميع حقوق الميت الا ترى انه لو وكل وكيلا يقوم مقامه في استيفاء حقه بطلت وكالته بموته ولم يجز ان يستوفيه فبان ان حقه قد سقط يوضح ذلك انه لا فصل بين ان يعقد على ان له خيار كذا وبين ان يعقد على

على انه ان اختار الفسخ الحكمة انتج كل واحد من اللفظين يقوم مقام صاحبه
وقد علمنا انه عقد على انه ينفسخ ان اختار ومات فقد بطل الشرط لانه لا يصح منه الاختيار
اذا بعد الموت واذا بطل الخيار بموت البايع ثبت البيع كما انه يثبت بمضي المدة لبطلان الخيار
مسئلة قال وان كان الخيار للمشتري ومات قبل انقضاء المدة بطل الخيار
لان الخيار لا يورث فان كانت المسألة بحالها و مات البايع كان المشتري على خياره
وان كان الخيار للبايع ومات قبل مدة الخيار بطل الخيار وان مات المشتري والخيار
للبايع فهو على خياره وهذه المسائل كلها مبنية على ان
الخيار لا يورث وقد مضى الكلام فيه فلا معنى لاعادته **مسئلة** واذا زال
عقل من له الخيار ثم ثاب اليه قبل مدة الخيار كان على خياره وان لم يثب اليه عقله
كان الخيار لوليه قلنا من كان منهم وليا وبه قال الشافعي ووجهه ان حقوقه
باقية وزوال العقل لا يبطل منها شيئا فهو بمنزلة الطفل في ان حقوقه ثابتة فاذا عجز عن
استيفاء حقه قام وليه مقامه فيه كالطفل لما لم يصح منه استيفاء حقه قام وليه
فيه مقامه وهو الولي الاب او الجد او من ينصبه الحاكم له **مسئلة** قال ولو انه ارتد
عن الاسلام ولحق بدار الحرب صار الخيار لورثته فان رجع الى الاسلام قبل مدة الخيار
كان على خياره فان رجع بعدها بطل خياره وذلك لان لحوقه بدار الحرب
وان كان بمنزلة الموت في كثير من الاحكام فليس هو موتا بالحقيقة ولا خلاف
ان ماله لو اقتسم وهو باق بعينه فرجع الى الاسلام انه اولى بماله فبان ان حقوقه
لم تنقطع كما تنقطع بالموت لانه ممن يصح له الرجوع الى حقوقه على بعض الوجوه
فجاز ان يقوم وليه مقامه في مدة الخيار ما دام حيا فان عاد في مدة الخيار فهو
اولى بحقه ان كان باقيا كما انه اولى بما كان باقيا من سائر املاكه وحقوقه فان
جاء بعد مدة الخيار فلا خيار له لان خياره يكون قد بطل بمضي المدة لان الخيار
لا يبقى ولا يبقى حكمه بعد مضي المدة والذي يوجبه القياس ان من زال عقله
او ارتد ان كان وليهما ابطل ما كان لهما من الخيار ثم رجع الى المجنون عقله وعاد
المرتد الى الاسلام انهما لا خيار لهما لان فعلهما عليهما يجوز في تلك الحال **مسئلة**
قال فاذا اشترى رجل من رجل حيوانا فاشترطا او اشترط احدهما الخيار فاختار من له
الخيار الرد كان علفه على البايع في ايام الخيار وان كان له لبن كان ايضا للبايع وكذلك

القول اذا كان المبيع مما ينتقل حيوانا كان او غيره ووجهه ان العقد ينفسخ اذا
حصل خيار الرد كانه لم يقع يوم وقع فيجب ان تكون السلعة كانها كانت على ملك
صاحبها كما كانت فيجب ان تكون منافعها له وسوقها عليه كسائر الاملاك له فلا يجب
ان يكون المشتري متبرعا بما انفق لانه هو والبائع دخلا فيه على سبيل المعاوضة فيجب
ان يستحق العوض بما انفق

باب القول في شروط البيع

القول في شروط البيع

الشروط التي ينعقد عليها البيع ثلاثة فشرط يفسد البيع وشرط يثبت مع البيع
وشرط يبطل البيع دونه وهذه قسمة لا يخرج عنها شيء من الشروط ولا خلاف
في هذه الجملة وانما الخلاف في تفاصيلها ونحن نبين ما نذهب اليه في كل واحد من هذه
الوجوه **مسألة** فالشرط الذي يفسد البيع هو ما اقتضى جهالة في المبيع نحو ان
يبيع الرجل غنما او ثيابا او غير ذلك ويستثني واحدا لا بعينه وهذا مما لا خلاف
اذ لا خلاف ان الجهالة في البيع تفسده والجهالة فيه على ثلاثة اوجه اما ان تكون جهالة
في العقد او جهالة في الثمن او (واما ان تكون) جهالة في المبيع ولا خلاف ان كل واحد من هذه الجهالات
يفسد البيع لانه من الغرر وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر واذا
باع غنما او ثيابا واستثنى واحدا لا بعينه صار المبيع مجهولا لانه لا يدري واحد
منهما ما الذي تناوله العقد من الذي لا يتناوله وليس هذا مثل ما قلناه في من باع
عدلا على ان فيه مائة ثوب فزاد ثوب فيكون المردود واحدا وسطا فيزول التفاوت
فيشبه المكيل والموزون وها هنا يستثني ما يختاره البائع فيبقى التفاوت الموجب
للجهالة على انا كنا ذكرنا هناك وجها آخر وهو انا قلنا انه يحمل على انه باع مائة جزء وجزء
هذا لا يتأتى في هذه المسألة لانه اشترط ان يستثني ما يختاره **مسألة**
قال وكذلك ان باع واشترط لنفسه او للمشتري خيارا الى امد غير معلوم ويكون
ايضا ذلك فاسدا وهذا ايضا لا خلاف في فساده وذلك ان العقد يكون مجهولا
لانه لا يستقر ولا يدرى غاية وقت يأتي الفسخ ولا وقت تمام البيع **مسألة**
قال وكذلك ان باع تمرا في ظرف على ارطال معلومة واشترط المشتري ان يطرح
للظرف مقدارا معلوما من غير ان يعرفا وزن الظرف كان البيع فاسدا وذلك
ان التمر المبيع يكون مجهولا لانه لا يدري كم قدره **مسألة** قال وكذلك ان باع

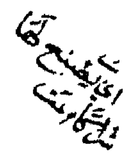
شيئاً يكون بكذا وكذا درهماً على أن يدفع بالدنانير كذا وكذا قفيزاً من
الطعام كان البيع فاسداً وهو أيضاً لا خلاف في فساده لأن الثمن يكون في حكم
المجهول لأن العقد وقع على الدنانير واشترط غيرها فلم يستقر واحد منهما وأيضاً
نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيعتين في بيع وعن شرطين في شرط
وهذا من تلك الجهة ويجري هذا المجرى أن يقول بعتك نقداً بكذا أو نسيئة بكذا
أو إلى الفطر بكذا أو إلى الأضحى بكذا **مسألة** قال القاسم عليه السلام وإذا
اشترى شيئاً بكذا واشترط أن يرجحه كان ذلك فاسداً لأنه يكون الثمن مجهولاً لأنه
لا يدري مقدار الرجحان وقد اشترى بكذا وكذا مع الرجحان وإن كان اشتراط الرجحان
في السلعة صار المبيع مجهولاً قال وإن لم يشترط ثم استرجحه وطابت به نفس البائع
كان ذلك جائزاً وذلك أن العقد وقع صحيحاً ولا يؤثر فيه الرجحان الواقع بعده
وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم اشترى سراويل فقال للوزان زن وأرجح
قال والشرط الذي هو يثبت مع العقد هو ما كان صفة للمبيع أو البيع من غير أن يقتضي
جهالة فيه إذ كان مما يصح عقده على العوض منفرداً وذلك أنه لا خلاف أن البيع يصح
مع اشتراط صفة المبيع والبيع كأن يشتري جارية على أنها طباخة والعبد على
أنه حجام أو خباز والدابة على أنها هملاج وكذلك البيع على خيار الثلاث وكذلك
وكذلك أن يكون الثمن نقداً بعينه أو إلى أجل مسمى فصار ذلك أصلاً في جواز البيع
على اشتراط صفة البيع أو صفة الثمن أو البيع إذا لم يؤد ذلك إلى الجهالة فلذلك
قلنا به وأما ما يصح إفراده بالعقد فيجوز أن ينضم إلى العقد كما أن الشيئين لما صح
أن يفرد كل واحد منهما بالعقد جاز أن يجمع بينهما في عقد واحد وسنوضح هذا بالجملة
من هذا عند ذكر المسائل **فإن قيل** فقد نهى النبي صلى الله عليه
وآله عن شرطين في بيع وعن بيعتين في بيع **قيل** له معناه ما ذكرناه
من البيع على أنه بكذا نقداً أو بكذا نسيئة وما يجري مجراه إذ لا خلاف أن المبيع
يجوز أن يشترط فيه شروط بعد أن لا تؤدي إلى الجهالة كأن يبيع العبد أنه
خياط وخباز ويشترط مع ذلك خيار الثلاث للبائع وأن يكون الثمن مؤجلاً
وكذلك شروط سواها ولا خلاف في أن البيع يصح معها وتصح هي وإن اجتمعت
فبان أن المراد بالنهي عن شرطين في بيع ما قلناه ويمكن أن يجعل ذلك أصلاً

يقاس عليه سائر ما اختلفنا فيه **مسألة** قال وكذلك ان اشترى
الرجل من الابل والبقر والغنم ما يحلب على انها تحلب قدرا من اللبن او على انها حامل فانه يثبت
البيع ويجب الشرط فان لم يجده على الشرط كان له رده ورد معه عوضا من لبنه وهذا الشرط
يفسد البيع عند ابي حنيفة ووجه صحته ان كونها مما تحلب قدرا من اللبن وكونها حاملا لا يقتضي
الجهالة فوجب ان يصح البيع ويجب الشرط دليله ان اشترى الجارية على انها طباخة والعبد
على انه خباز والدابة على انها هملاج بعلة انه اشتراها واشترط من صفاتها ما لا يؤدي الى
الجهالة **فان قيل** فقد نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع المضامين والملاقيح
قيل له معناه بيع اللبن في الضرع دون الناقة وشراء الحمل دون الحامل وذلك مما لا نجيزه
ولا خلاف انه يجوز ان يشتري شاة حلوبا وناقة ملاقحا وان يشترط ذلك
فان قيل فاللبن مجهول القدر وكذلك الحمل مما لا يصح ان يعلم **قيل له** هذا وان
كان كذلك فانه لا يقتضي جهالة في المعقود عليه لانه اذا وجد على الصفة التي ذكرت تم البيع
وان لم توجد كان للمشتري الخيار في الرد على ان اللبن قدره مما يضبط ويعرف من طريق
العادة حتى لا تعترض الجهالة الا في اليسير الذي لا معتبر به منه وكذلك القدر من الجهالة
قد يعرض في الطبخ والخياطة اذا بيعت الجارية على انها طباخة والعبد على انه
خياط لان الطبخ يتفاوت وكذلك الخياطة ولا يمكن ان يضبط ذلك حتى لا تكون فيه
جهالة يسيرة لانها لا معتبر بها فكذلك ما قلناه والحبل مثل الصحة لانه يعلم بغالب الظن
الا ترى انه يصح بيع العبد على انه صحيح والجارية على انها صحيحة وان جاز ان يكون في باطنها
علة او داء يسير لا معتبر بمثله فكما صح البيع على شرط الصحة صح على شرط الحمل لما بيناه في
العلة ان كل واحد منهما يصح ان يعلم بغالب الظن واذا صح بما بيناه ان البيع على ذلك يصح
ولم يجده على ما شرط جاز له ان يرده لانه لا خلاف ان من اشترى شيئا على صفة يصح
البيع عليها فوجده على خلاف تلك الصفة فله رده اذ كان ما عليه السلعة انقص
مما شرط له وقلنا اذا رده وقد حلب اللبن واستهلكه رد معه عوضا من لبنه لانا قد
بينا ان الرد بالخيار يوجب فسخ المبيع فيصير في الحكم كأن المبيع لم يكن وقع وكان
الشيء لم يزل على ملك البائع فيجب ان تكون منافعه له وروى زيد بن علي عن ابيه
عن جده علي عليهم السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله من اشترى
مصراة فهو بالخيار ثلاثا فان رضيها والا ردها معها صاعا من حنطة وروي عن النبي ص

فيمن اشترى مصراة انه بخير النظرين بين ان يختارها وبين ان يردها وانا
من طعام وفي بعض الاخبار صاعا من طعام وفي بعضها صاعا من تمر وفي بعضها
صاعا من لبن وروى الجصاص عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وآله
من باع محفلة فهو بالخيار ثلاثة ايام فان ردها رد معها مثل او مثلي لبنها وقد دلت هذه
الاخبار كلها على ان اللبن يجب ان يكون للبائع وان المشتري اذا كان قد استهلكه فعليه
عوضه ويدل على ذلك انا لو جعلنا اللبن للمشتري وقد انفسخ البيع كنا قد جعلنا لا بغير
عوض ولا يجوز ان يجعله بغير عوض لانهما دخلا في العقد على سبيل المعاوضة
وقول ابي حنيفة ان من اشترى شيئا من ذلك وبقي عنده وحلبه واراد ان يرده بعيب
فليس له رده وانما يرجع على البائع بارش النقصان وهو قول محمد وروي عن ابي
يوسف يرده ويرد معه صاعا من تمر على ما في الاخبار التي قدمناها وبه قال
الشافعي فاما ابو حنيفة فالاخبار التي قدمناها تحجه وقد اضطرب فيها اصحابه
فحكى الطحاوي في شرح الآثار عن محمد بن شجاع انه قال انها منسوخة بقول النبي صلى الله عليه وسلم
البيعان بالخيار ما لم يفترقا قال فقطع الخيار بالتفرق فيجب ان لا يكون له خيار الرد
اذا لم يجده على الصفة التي شرطت للمشتري وحكي عن عيسى بن ابان انه كان حين كانت
العقوبة بالاموال ولما نسخ ذلك نسخ هذا ايضا وهذا ايضا لا معنى له لان الذي
اوجب فيه النبي صلى الله عليه وآله انما اوجبه عوضا عن اللبن الذي استهلكه لا على
سبيل العقوبة فكيف نسخه للوجه الذي ذكره على انه جعل وجه العقوبة فيه
ان جعل اللبن المحلوب ثلاثة ايام عوضه صاع من تمر ولعله يساوي اضعاف ذلك فيقال
له ولعل اللبن لا يساوي نصف صاع فلم وجب ان يعاقب المشتري المغرور بان اخذ منه
صاعا من تمر لان اللبن لا يساوي ربع صاع من تمر وهو لا ذنب له والذنب للبائع
الغار فبان بذلك بطلان هذا الوجه وقال ابو جعفر الطحاوي يجب نسخه بنهي النبي
صلى الله عليه وآله وسلم عن الدين بالدين وذلك ما رواه ابن عمر عن النبي صلى الله عليه
وآله انه نهى عن بيع الكالي بالكالي قال وذلك ان اللبن كان في الضرع يوم العقد وتناوله
العقد فجعله النبي صلى الله عليه وآله للمشتري وهو مستهلك بصاع من تمر يرد لاجل
الشاة والصاع ايضا دين فقيل له الصاع ليس بدين لانه يرده مع الشاة فكيف يكون
دينا وهذا ابعد مما تقدم وقال ابو بكر الجصاص يحتمل ان يكون المراد بذلك بيع قاسد ان

النبي صلى الله عليه وآله وسلم برد عوض اللبن فيقال له كيف يصح هذا التأويل
في الخبر انه مخير بين النظرين ان شاء رضيها وفي بعض الاخبار وان شاء امسكها
فاما ما ذهب اليه ابو يوسف وابن ابي ليلى من انه يردها ويرد صاعا من تمر فالاخبار
الواردة لا تدل على خلاف ذلك بل تدل ان قضية النبي صلى الله عليه وآله كان رد العوض
لانهم كانوا انما يتعاملون ويتبايعون بالتمر والبر لعزة الدراهم وقلتها فكان النبي صلى الله
عليه وآله اشار الى ما هو عوض اللبن ففي بعض الاخبار اناء من طعام وفي بعضها صاع
من تمر وفي بعضها صاع من بر وفي بعضها مثلي لبنها قمح وهذه الاخبار متى حملت على ما قلناه
كانت محمولة على موافقة الاصول لان الاصول توجب ان يضمن الانسان الاقدار ما
يستهلك من مال الغير ومتى حملت على ما قالوه كانت محمولة على ان اللبن الذي يساوي
صيعانا عدة من التمر اذا ضمنه ضمن عنه صاعا من تمر والذي لا يساوي مع الشاة
التي حلب منها صاعا من تمر يضمن المشتري عنه صاعا من تمر فوضح ان الصحيح ما ذهبنا اليه
وليس لاصحاب ابي حنيفة ان يستدلوا بما روي من قوله الخراج بالضمان لابطال ضمان
المشتري لان اخبار المصراة قد اوجبت ذلك كما لا خلاف في ان الغاصب وان كان ضامنا
فان اللبن لا يكون له وكذلك من اخذ الشاة ببيع فاسد فحلبها **مسألة** قال
وكذا ان اشترط في البيع الخيار الى مدة معلومة ثبت الشرط مع البيع وهذا لانه
صفة للعقد ولم تقتض فيه جهالة وقد مضى الكلام في باب خيار البائع فلا طائل
في اعادته **مسألة** قال وكذا ان اشترى طعاما على ان يحمله البائع الى منزله او حنطة
على ان يطحنها او ثوبا على ان يخيطه او ناقة على ان ترضع فصيلا للبائع مدة معلومة
ثبت الشرط في جميع ذلك مع البيع لان ذلك مما يصح عقده على العوض منفردا فصح
ان يضم الى عقد البيع والاصل فيه ما رواه الشعبي عن جابر بن عبد الله انه كان يسير مع
رسول الله صلى الله عليه وآله على جمل له فاعيى فادركه رسول الله صلى الله عليه وآله
فقال ما شأنك يا جابر قال اعيى ناضحي يا رسول الله فقال معك شيء فاعطاه قضيبا او عودا فنخسه
او قال فضربه به فسار سيرا لم يكن يسير مثله فقال رسول الله صلى الله عليه وآله بعنيه
باوقية فقلت يا رسول الله ناضحك قال فبعته باوقية واستثنيت حملانه حتى اقدم الى
اهلي فلما اشترى رسول الله صلى الله عليه وآله ناضحه على الشرط الذي ذكره صار ذلك اصلا
في صحة كل بيع يقع مع شرط انه يصح ان يعقد عليه بالعوض على الانفراد على ما بيناه

فإن قيل في آخر الخبر انه لما أتى المدينة أتى النبي صلى الله عليه بالبعير فقال هذا بعيرك فقال ترى أني إنما جئتك لأذهب ببعيرك يا بلال أعطه أوقية وقال انطلق ببعيرك فإنه لك فدل ذلك على أن البيع لم يكن وقع **قيل** له ليس فيه دليل على ذلك بل الظاهر منه أن البيع كان انعقد وصح ولهذا أمر بتوفية الثمن لكنه صلى الله عليه وآله على عادة كرمه منحه البعير بعد أن ملكه عليه وكيف يصح هذا التأويل مع قول جابر فبعته منه بأوقية واستثنيت حملانه **فإن قيل** فقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن شرطين في بيع وهذا من ذلك وكذلك عن بيعتين في بيع **قيل** له معناه عندنا أن يبيع السلعة على أنها بالنقد بكذا أو بالنسيئة بكذا أو على أنها إلى أجل كذا بكذا أو إلى أجل كذا بكذا درهما على أن تعطيني بها دنانير **فإن قيل** عموم ما ذكرناه يقتضي فساد البيع الذي اختلفنا فيه **قيل** له لو كان ذلك كذلك كان يخصه حديث جابر ومن أصلنا بناء العام على الخاص ويكون من اشترى طعاما على أن يحمله البائع تقديره تقدير من اشترى الطعام واستأجر البائع بحمله فيكون الثمن ثمنا للطعام وأجرة الحمل مقسطا عليهما وكذلك سائر ما ذكرناه إلى آخر المسألة **فإن قيل** إذا كان الطعام في حال ما يستأجر المشتري صاحبه على حمله يكون بعد في ملكه وكيف تصح هذه الإجارة لأنه لا يصح أن يستأجر الإنسان على أن يبني دار نفسه ويخيط ثوب نفسه ويحمل طعام نفسه **قيل** له لا تمتنع صحتها إذا كانت الإجارة يصادف تمامها استقرار الشيء في ملك المشتري فلا تكون تلك الإجارة واقعة على ملك البائع بل على ملك المشتري يوضح ذلك أن أهل العراق يجوزون شراء النعل على أن يشركها البائع ولا وجه لصحتها غير ما قلناه وعلى هذا المعنى جوابنا **فإن قيل** فيما رويناه أن النبي صلى الله عليه وآله اشترى بعيرا من جابر واشترط جابر ظهره إلى أن يعود إلى المدينة فكيف يجوز أن يكون ظهر البعير ثمنا له وهو بعد في ملك البائع لأنا نقول إن ذلك لا يستقر كونه ثمنا إلا مع استقرار ملك المشتري البعير وروي أيضا عن جابر أنه قال بعت من النبي صلى الله عليه وآله ناقة واشترط لي حملانها إلى المدينة فدل ذلك أيضا على صحة ما ذهبنا إليه في هذا الباب وهو كالنص فيما قلناه من بيع الناقة على أن ترضع فصيلا للبائع مدة معلومة على أن ما أجازه من بيع النعل بشرط التشريك يمكن أن يجعله أصلا فيما اختلفنا فيه فنقول لما كان بيعا قد شرط فيه ما يصح إفراده بعقد على عوض ولم





بتنقض (يقتض) جهالة في العقد وجب ان يصح البيع والشرط فكذلك سائر ما اختلفنا فيه ويستدل عليه بقول الله تعالى اوفوا بالعقود وقد عقد البيع والشرط فيجب الوفاء بهما وبقوله عز وجل ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض وهذه تجارة عن تراض وبقول النبي صلى الله عليه المسلمون عند شروطهم

مسئلة قال وكذلك ان اشترى عبدا واشترط على البايع ثمنه ان ابق الى وقت معلوم صح البيع والشرط جميعا معنى قوله واشترط ثمنه ان يرد العبد ويفسخ البيع ويسترد الثمن ووجه صحته هذا انه اشترط الا يابق العبد الى ذلك الوقت وجعل تركه الاباق في تلك المدة صفة للمبيع فوجب ان يصح البيع والشرط كبيع العبد على انه خياط والدابة على انها هملاج وهذا قد مضى بيانه في نظائره

مسئلة قال والشرط الذي يثبت البيع دونه ما خالف الشروط التي بيناها بان لا يكون صفة للمبيع ولا للبيع ولا لم يقتض جهالة في المبيع (العقد) ولا كان مما يصح عقده منفردا نحو ان يشتري جارية على ان يتخذها ام ولد فان البيع يثبت دون الشرط والاصل في هذا ما روي ان عايشة اشترت بريرة على ان تعتقها وشرط البايع الولاء فقال رسول الله صلعم الولاء لمن اعتق وفي بعض الاخبار ان عايشة قالت لرسول الله صلى الله عليه وآله ان اهلها يقولون نبيعكها على ان ولاءها لنا فقال لا يمنعك ذلك فانما الولاء لمن اعتق فثبت بهذه الاخبار ان النبي صلى الله عليه وآله اثبت البيع وابطل الشرط

فان قيل روي ان بريرة كانت كوتبت فجاءت عايشة تستعين فقالت ان احب اهلك اعطيتهم ذلك جملة ويكون ولاؤك لي فذهبت الى اهلها فعرضت ذلك عليهم فابوا وليس في هذا الحديث انهم كانوا اشترطوا ذلك في البيع **قيل** له يجوز ان يكون اختصر الراوي ذلك وسائر الرواة رووه على ما بيناه ويدل على انهم كانوا اشترطوا في البيع

كذا

فحمد الله واثنى عليه ثم قال اما بعد ما بال ناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله احق وشرط الله اوثق وانما الولاء لمن اعتق فكيف يقول صلى الله عليه وآله لولا انهم كانوا اشترطوا الولاء

فان قيل روي ان زينب زوجة عبد الله بن مسعود باعت عبد الله جارية واشترطت خدمتها فذكرت لعمر فقال لا تقربها ولاحد فيها مثنوية فدل ذلك

من قوله على فساد البيع وتابعه على ذلك عبد الله ولم يحفظ فيه خلافاً بت

قيل له — وتابعه على ذلك

كذا

ولعل ذلك كان اجتهاداً منه ولا يجب ان لا يخالف حالاته يجوز ان يكون كراهة وطلباً

للخلاف فقد استحب الاحتياط في امر الفروج على انه ليس في الحديث انه اشترط

خدمتها مدة معلومة وذلك يقتضي الجهالة ويوجب فساد البيع وذلك كلامه في

الاحكام والمنتخب عند ذكر خبر بريرة على ان من باع عبده او اشترط الولاء لنفسه

على ان البيع يثبت والشرط يبطل ووجهه النص الوارد فيه **مسألة**

قال وكذلك ان اشتراها على ان لا يطأها ثبت البيع دون الشرط ووجه ما ذكرناه من

انه لا يوجب الجهالة وليس هو مما يجوز ان يفرد بالعقد على العوض فوجب ان يسقط

الشرط ويثبت البيع قال وان كان البائع قد نقص من الثمن شيئاً لهذه الشروط فله ان

يرجع فيه وهذا لفظ المنتخب وكان ابو العباس يقول ان كان ترك من القيمة شيئاً

ويجعل الثمن عبارة عن القيمة وشبهه بمن تزوج امرأة على ما لا يلزمه الوفاء

به ونقصته من اجل ذلك الشرط من مهر مثلها في انها ترجع بما نقصته متى لم

يف الزوج لها به ويمكن ان يقال فيه انه اذا باعها بالف على ذلك الشرط ثم ابرأه

من مائة لذلك الشرط انه يرجع فيها اذا لم يف لان البراءة لم تقع مطلقة

وانما وقعت مشروطة فاذا لم يوجد المشروط لم تثبت البراءة وهذا هو الاولى

لموافقته لفظ المنتخب في ذكر الثمن دون القيمة قال ويستحب الوفاء بهذه

الشروط ما لم يؤد الى الفساد ثم لا خلاف فيه وقد قال النبي صلى الله عليه وآله

المسلمون عند شروطهم

باب القول في المرابحة



ولو ان رجلاً اشترى سلعة ثم باعها ثم اشتراها ثانياً باكثر من ثمنها رغبة فيها

فانه لا يبيعها مرابحة الا على الثمن الاول او يبيعها مساومة ووجهه ان الناس

يتبايعون ما يتبايعون بحسب قيمة السلعة او بما يقع التغابن به في الزيادة والنقصان

فاذا اشتراه لغرض له بعينه باكثر من ثمنه وباعه على ذلك لان ذلك خيانة

وذلك ان معنى الخيانة ان يكون البيع في الظاهر افضل وفي الباطن انقص للمشتري

وقد حصل ذلك في هذا البيع لانه في الظاهر مشتري بمثل قيمته على العرف والعادة

وفي الباطن

وفي الباطن انقص للمشتري وقد حصل ذلك في هذا البيع لانه في الظاهر مشترى بمثل قيمته على العرف والمعتاد وفي الباطن مشترى باكثر من ذلك فهو في الباطن انقص للمشتري فلم يجز بيعه لذلك مرابحة لما فيه من الخيانة وجاز بيعه مرابحة على الثمن الأول ليسلم من الخيانة او يبيعه مساومة لانه له ان يبيع ماله كما شاء **مسئلة** قال فلو ان رجلين اشتركا في سلعة فابتاعاها بخمسين دينارا واسترخصاها ثم تقاوماها بينهما بستين دينارا واشترى احد الشريكين نصيب صاحبه بثلاثين دينارا فانه لا يبيعها مرابحة على الستين دينارا وانما يبيعها على خمسة وخمسين دينارا لجاز ووجهه انه اشترى بخمسة وخمسين دينارا لانه اشترى نصيبه الأول بخمسة وعشرين دينارا والثاني الذي اشتراه من شريكه بثلاثين دينارا فحصلت السلعة له بخمسة وخمسين دينارا فجاز له ان يبيعه مرابحة على ذلك ولا يجوز له ان يبيعه مرابحة على ستين لان ذلك يكون خيانة لان بيع المرابحة هو على الثمن دون القيمة لانه ملكه بالثمن اعني البائع **مسئلة** قال ولا يجوز بيع الثياب على الرقوم مرابحة الا ان يكون رقما صحيحا بعد ان عرف ما غرم فيه من الثمن والقصارة والكراء وغير ذلك ويبينه للمشتري فاذا كان ذلك كذلك فلا بأس ببيعه كذلك مرابحة

اعلم ان بيع الثياب على الرقوم يكون على ثلاثة اوجه احدها ان يكون الرقم غير معلوم لهما بأن يكون ثوبا مطويا او يكون لا يتفقا على الرقم فالبيع على هذا باطل بنص عليه في الاحكام وذلك ان الثمن مجهول لهما ويجري مجرى المخاطرة والقمار وهذا مما لا احفظ فيه خلافا

والوجه الثاني أن يكونا يعرفان الرقوم ومقداره ولا يعرفان هل هو صحيح أم لا كان الثمن مجهول مائة ولا يدري أن الثوب اشتري بمائة او اقل او اكثر فهذا يجوز البيع عليه مساومة لانه لا فرق بين ان يقول بعتك هذا الثوب بمائة وبين ان يقول بهذا الرقم وهما يعلمان ان الرقم مائة فيجب صحة البيع لان الثمن معلوم بينهما

على ما بيّنّاه فلا وجه لإفساد البيع والوجه الثالث ان يكون عالمًا فيبيّن
بالرقم ويكون الرقم صحيحًا على ما ذكره في الكتاب فيجوز البيع على ذلك
مرابحة لأن رأس المال يكون معلومًا فيصح بيع المرابحة عليه ويبين ذلك
للمشتري او يقول قام عليّ بكذا ولم يقل اشتريت فانه كذب ومحض قوله الثمن
والقصارة وغير ذلك ما جرت عادة التجار ان يضم الى التجارة نحو الصبغ واجرة
الصباغ والسمسار والمضارب ايضًا يضم ما انفقه على التجارة مما لا بد منه اذا كان
ذلك قصدًا ولم يكن اسرافًا **مسألة** قال ولو ان رجلا اشترى
ناقة فعلفها وحلبها مثل قيمتها جاز له ان يبيعها من غير ان اعلم المشتري ان مثلها
يحلب وكذلك ان المشتري اذا عرف ان مثلها يحلب ورضي ان يرابحه على الثمن صح
ذلك بينهما لأنه ليس فيه ما يجري مجرى الخيانة ويجيء على هذا من اشترى ثوبًا
بعشرة ثم باعه باثني عشر ثم اشتراه بعشرة جاز ان يبيعه مرابحة على
العشرة وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة يبيعه بثمانية يحط من الثمن
قدر ما ربح وهو درهمان ووجهه انه وان انتفع به من وجه فالثمن الذي اشترى
به عشرة وتقع المرابحة عليه والمشتري يعلم ان الانسان قد يتجر في
الشيء يبيعه مرارًا وقد يربح ويخسر **فصل** لا نص ليحيى
بن الحسين عليه السلام في بيع المرابحة اذا كان فيه خيانة لكنه ذكر في الاحكام
في رد المبيع المعيب انا جعلنا للمشتري الخيار لأنه دلس عليه وخيانة المرابحة
ضرب من التدليس على المشتري فوجب ان يكون له الخيار على تعليل يحيى بن الحسين
بين ان يرضى بجميع الثمن او يرده ويفسخ البيع وبه قال ابو حنيفة ومحمد وهو احد
قولي الشافعي ما دامت السلعة قائمة بعينها قال زيد بن علي عليه السلام يحط
الخيانة على المشتري وبه قال ابو يوسف في الأصل والربح ووجه ما ذهبنا
اليه ان ظاهر العقد خير للمشتري من باطنه في بيع صحيح فوجب ان يكون للمشتري
الخيار في فسخ البيع دليله الرد بالعيب او اشترى مؤجلا وباع مرابحة معجلا
ولا خلاف ان للمشتري فيه الخيار دون الحط فكذلك ما اختلفنا فيه فاما اذا
كانت السلعة تالفة فلا شيء للمشتري فيه على البائع والذي يجيء على قول يحيى
بن الحسين انه يحط عنه الخيانة لتنصيصه على ان المبيع اذا تلف في يد المشتري

القول في الرد بالعيب

وبه عيب يرجع بنقصان العيب وبه قال الشافعي ووجه المسألة ما نقول
به في الرد بالعيب **باب القول في الرد بالعيب** من اشترى معيبا
وهو عالم بعيبه لم يكن له رده بذلك العيب وكذلك ان علمه بعد البيع فرضيه لم
يكن له ان يرده بعد ذلك وهذا مما لا خلاف فيه ووجهه ان شراء المعيب يصح كالصحيح
وثبوت الخيار للمشتري في فسخ البيع انما كان للتدليس فاذا اشتراه وهو عالم بالعيب
لم يكن فيه تدليس فوجب ان لا يكون له الخيار وكذلك ان علم بالعيب قبل بعد
البيع ورضي به بطل خياره لانه كان مخيرا بين الرضى والفسخ فاذا اختار الرضى ورضي
به بطل حكم الفسخ كما لو اختار الفسخ وفسخه بطل حكم الرضى قال وكذلك ان استعمله بعد
علمه بعيبه نحو ان يكون مملوكا فيستخدمه او مركوبا فيركبه او ملبوسا فيلبسه او ارضا
فيستغلها كان ذلك رضى وبطل خياره في الرد وهذا مما لا خلاف فيه وذلك ان
استعمل يدل على رضاه بالعيب فهو جار مجرى ان يقول رضيت بالعيب **مسألة**
قال القاسم عليه السلام ان عرضه للبيع بعد علمه بالعيب لم يكن ذلك رضى وكان له
رده بعد ذلك وبه قال زيد بن علي عليهما السلام وعند ابي حنيفة يكون ذلك رضى
وعند الشافعي ان خيار الرد على القول الفور وسكوت المشتري بعد العلم بالعيب
يكون رضى والاصل في ان خيار الرد ليس على الفور وان السكوت لا يدل على الرضى ما
روي عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله قال من اشترى شاة مصراة
فلينقلب بها فليحلبها فان رضي حلابها امسكها والا ردها ورد معها صاعا من تمر وروي
عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار الى ثلاثة
ايام فجعله النبي صلى الله عليه وآله بالخيار هذه المدة ولم يجعل خياره في الرد على
الفور ولم يجعل السكوت رضى فوجب ان يكون ذلك حكم الرد بالعيب لانهما جميعا
خيار الرد بالعيب **فان قيل** خيار المصراة مدة مضروبة فلذلك وجب ان لا يكون
خياره على الفور **قيل** له لا يكون السكوت في المدة رضى كذلك لا يكون رضى
ابدا مع الاطلاق لان خيار الرد هو الاطلاق ونعني به انه ليس له مدة مضروبة
كالخيار الشرط **فان قيل** اذا عرف العيب فليس يخلو من ان يرضى به او يسخطه
فان رضي به امسكه وان سخطه لم يكن له امساكه **قيل** له هذا يفسد من وجهين
احدها انه لا يمتنع ان يسخط ولا يلزمه الرد في الحال كالمصراة وخيار الشرط والثاني انه

لا يمتنع ان يحصل له حال ثالثة وهو ان يرى وينظر هل له حظ في الاجازة والرضى او في الرد كما في المصراة ومن له خيار الشرط على انا لو سلمنا لسنا نسلم ان السكوت في كل حين دلالة على الرضى لأن الساكت قد يسكت ليتروى وقد يسكت مع السخط لأعراض له وان كان قد يسكت للرضى فلم يجب ان يجعل السكوت على كل حال رضى واذا ثبت ذلك وجدنا العرض للبيع مثل السكوت لان الانسان قد يعرض الشيء للبيع وهو لا يريد البيع بل يريد ان يعرف حال الشيء فيما يساوي ولان العيب هو الذي ينقص من القيمة فلا يمتنع ان يعرض المبيع ليعرف مقدار ما ينقصه ذلك العيب لينظر هل يصلح له فيرضى او لا يصلح له فيرده فوجب ان لا يكون ذلك رضى وان لا يبطل له خيار الرد وتحرير العلة ان يقال ان العرض للبيع قد يكون عن رضى وعن غير رضى فلم يجب ان يجعل في كل حال رضى كما في السكوت وهذا الكلام انما هو مع ابي حنيفة لان السكوت ليس يكون رضى على كل حال على ما تقدم بيانه **مسئلة** قال وللمشتري الخيار بين ان يرضى المبيع وبين ان يرده او بين أن يمسكه ويأخذ من البائع نقصان العيب فان ابى البائع ذلك حكم عليه برد الثمن واسترجاع المبيع اما الرضى بالعيب فلا خلاف في انه للمشتري وكما يصح ان يشتري بالعيب كذلك له الرضى بالعيب وقوله او يأخذ من البائع نقصان العيب فانه اراد على المصالحة وكان غرضه ان يبين ان هذا الصلح جائز متى تراضيا عليه اذ من الصلح ما لا يجوز وان تراضيا به بيان هذا قوله في آخر هذه المسائل في الاحكام فان ابى البائع ذلك حكم عليه برد المبيع واسترجاع البائع الثمن وقد غلط في هذا بعض اصحابنا فظنوا ان للمشتري ان يجبر البائع على رد نقصان المبيع [المعيب] وهذا فاسد لما بيناه من قوله في آخر المسائل ان البائع ان ابى ذلك حكم عليه برد المبيع واسترجاع الثمن فبان ان قوله يأخذ نقصان العيب المراد ان تراضيا به وتصالحا عليه على ان اخذ النقصان انما يكون على وجهين احدهما الحط من الثمن من اجل العيب ان كان المأخوذ من جنس الثمن وكان الثمن نقدا او على وجه الحاق الزيادة في المبيع باصل العقد ان كان المأخوذ من غير جنس الثمن وكل واحد من الوجهين لا يصح الا مع رضى البائع فبان انه لا يجوز ان يحكم عليه بذلك وانه ان ابى ذلك فلا يحكم عليه الا برد الثمن واسترجاع المبيع على ان هذه الجملة اعني انه لا يحكم الا بما قلنا وان ذلك جائز على طريق الصلح لا احفظ فيه خلافا بين العلماء **فان قيل** الستم تقولون فيمن

فيمن اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا انه يحكم على البائع بنقصان العيب **قيل** له لانه اذا ثبت انه لا سبيل الى الحكم بردها ولم يجب ان يقف المشتري على الرضى بالعيب مع انه اشترى على انه صحيح لم يبق فيه الا اجباره على الحط بمقدار نقصان العيب **مسئلة** قال ومن اشترى جارية فوطئها ثم ظهر له فيها عيب وجب له على البائع نقصان العيب وبه قال ابو حنيفة وقال ش له ان يردها بالعيب والاصل في ذلك ما روى زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام في رجل اشترى من رجل جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا فالزمها المشتري ثم قضى له على البائع بعشر الثمن قال زيد عليه السلام كان نقصان العيب العشر **فان قيل** فقد روي عن عمر انه حكم بردها ورد عشر ثمنها ان كانت بكرا ونصف العشر ان كانت ثيبا فما تنكرون على من قال بذلك **قيل** عندنا ان عليا عليه السلام اولى بالاتباع وقوله عندنا حجة وليس كذلك قول غيره على ان قول عمر لا اعرف به اليوم قائلا لان ابا حنيفة يقول مثل قولنا وش يقول في الثيب يردها بالعيب ولا يجعل للوطء حكما ويقول في البكر مثل قولنا فاذا سقط قوله بقي قول علي وحده فيجري مجرى الاجماع منهم لانه لم يرو عنهم في ذلك الا قول لعلي وقول لعمر وتابعه ابن مسعود وسقط قول عمر وابن مسعود فلم يبق الا قول علي عليه السلام واما ما ذهب اليه الشافعي في الثيب فهو مخالف لاجماع الصحابة لان الكل منهم يحكم بخلافه على ما بينا فوجب سقوطه في هذا الوجه وايضا لو ردها بعد الوطء بالعيب كان ذلك فسخا للبيع ولو فسخه لعادت الى البائع كما كانت وصار البيع كان لم يكن فيحصل الوطء في الحكم كانه وقع في ملك البائع وكل من وطئ في ملك الغير لا بد فيه من حد او مهر فلو رددنا لوجب ان يرد معها المهر وذلك باطل بالاجماع فبطل الرد اذ لا يصح الا مع امر صح بطلانه **فان قيل** اليس للبائع ان رضي باخذها مع العيب صح ذلك ولا يؤدي على ما ذكرتموه الى ان يحصل الوطء في ملك الغير بغير حد ولا مهر وهذا نقض ما اعتمدتموه **قيل** له هذا غير منصوص عليه ولو صح ذلك كان رضى البائع باخذها معيبة ابراء للمشتري من جميع حقوقه المتعلقة بالجارية فجرى مجرى الابطال لابرائه من مهرها وليس كذلك اذا حكم عليه بذلك لانه لا يرضى

بابرائه من حقوقه المتعلقة بها **فان قيل** الثيب لو استخدمها ثم وجد بها
عيبا فله ردها فما تنكرون اذا وطئها **قيل** له الفرق بين الخدمة والوطء ان الاستخدام
يصح في ملك الغير بغير العوض ولا يصح الوطء وايضا الوطء يبطل خيار الشرط
والاستخدام لا يبطله فوجب ان يبطل خيار الرد بالعيب وان لم يبطله الاستخدام
فان قيل وطء الثيب لا يكون فيها عيبا **قيل** له انما نكرد لك ولم يمنع
الرد لان ذلك عيب بل للوجوه التي بيناها وانما ذلك علة ابي حنيفة **مسألة**
قال ولو ان رجلا اشترى متغيبا فلم يعرف عيبه حتى وجد عنده عيب آخر
كان المشتري بالخيار ان شاء رد السلعة ورد نقصان العيب الحادث وان شاء
لزمها واخذ من البائع نقصان العيب الاول لا خلاف في ان له ان يلزم السلعة
ويأخذ ارش العيب وانما الخلاف في ان يرد ارش العيب الحادث عنده وكل ذلك
ان لم يلزمه معيبا بل يجب ان يكون له رده وفسخ البيع دليله لو لم يكن حدث عنده
عيب آخر والعلة انه اشتراها صحيحة فوجدها معيبة **فان قيل** فكيف
يردها وقد حدث فيها عيب لم يكن **قيل** له ان يردها مع ارش العيب
فيكون كانه قد ردها سليمة من ذلك العيب يدل على ذلك ان حال المشتري لا
يجب ان يكون اسوأ حالا من حال الغاصب فلو كان غصبها ثم حدث عند
الغاصب عيب فيها كان له ان يردها مع ارش العيب فكذلك المشتري لان
العيب حدث وهي في ضمانه فلا يجب ان يبطل ما كان له من الرد **فان قيل**
الغاصب لا يملك فيه غير ذلك **قيل** له قد كان يجوز ان يلزم ويضمن
القيمة **فان قيل** فانه لم يرض ان يملك بالعوض **قيل** له والمشتري
لم يرض ان لم يملك المعيب بالعوض فاما لزوم العوا السلعة والرجوع على البائع
بارش العيب فلا احفظ فيه خلافا ووجهه انه قد ملكه بدلا له انه لو رضي
بالعيب لم يحتج الى تجديد عقد فلا وجه لان يلزمه الفسخ ولا وجه لان
يلزمه المعيب وقد دخل في الشراء على انه صحيح فوجب ان يكون له لزومه
والرجوع بارش العيب وليس للغاصب ان يمسكه ويعطيه القيمة لانه لم يملكه
كما ملكه المشتري **فان قيل** على المسألة الاولى لو جاز ان يردها مع
الارش جاز ان يرد المبيع وان تلف ويرجع بالثمن ويضمن القيمة **قيل**

ذلك لا يجوز لأن الفسخ لا يمكن مع تلف السلعة وإذا لم يمكن لم يصح الرجوع
بالثمن فيبطل ما قلتموه ويقال للشافعي كما جاز للمشتري المصراة أن يردها ويرد
عوض لبنها كذلك ما اختلفنا فيه لأنه عوض ما فات وهو في ضمان المشتري
فأما إن رضي البائع بأخذها مع العيب الثاني برد جميع الثمن فوجب أن لا يكون للمشتري
فيه خيار عن الرضى بالعيب لأنه لو وجب أن يلزم الأرش وقد رضي بأخذه معيبا
وهذا أيضا لا أعرف فيه اختلافا **مسألة** قال ولو أن رجلا اشترى سلعا
كثيرة صفقة واحدة من عبيد وإماء أو غير ذلك فوجد ببعضها عيبا كان له أن يرد السلع كلها
أو يرضى بها وليس له أن يرد المعيب دون صاحبه وقال أبو حنيفة إن كان ذلك
قبل القبض لم يجب وإن كان بعد القبض فرق الصفقة ورد المعيب دون الصحاح
لنا أن نقيسه بعد القبض عليه قبل القبض فنقول لا يجوز إلا رد الجميع أو الرضى
بالجميع لأن خلافه يؤدي إلى تفريق الصفقة للرد بالعيب وقولهم فيما يكال
ويوزن إذا اشترى مجتمعا فإنه لا يجوز رد بعضه دون بعض وكذلك قولهم
فيمن اشترى شيئين لا يصلح أحدهما إلا بالآخر مثل خفين أو مصراعي باب فوجد
بأحدهما عيبا أو بهما ردهما جميعا أو أحدهما حكى ذلك كله أبو الحسن الكرخي وكل
ذلك يؤكد ما ذهبنا إليه ويمكن أن يجعل أصلا يقاس عليه **فإن قيل**
إذا أنتم تقولون إن تفريق الصفقة يجوز للشفيع إذا اشترى المشتري ما له
فيه شفعة وما لا شفعة فيه فما أنكرتم أن يجوز تفريقها للرد بالعيب **قيل**
له لا خلاف بيننا وبينكم أن خيار الشرط وخيار الرؤية لا يسوغان تفريق
الصفقة وأن من له الخيار يجيز البيع في الجميع أو يرده في الجميع فكان ما ذهبنا
إليه في الرد بالعيب بذلك أشبه لأنه خيار في فسخ البيع الصحيح ويمكن أن يجعل
أصلا يرد ما ذهبنا إليه بعلة أنه خيار الفسخ لبيع صحيح فيجب أن لا يجوز تفريق
الصفقة وليس كذلك الشفيع لأن سبيل المشتري سبيل الوكيل في أنه
بيعه ينتقل إلى الشفيع كما ينتقل شرى الوكيل إلى الموكل ولا خلاف أن الوكيل لو
اشترى شيئين أحدهما لنفسه والآخر لموكله أن الموكل يأخذ ما هو حقه دون
ما هو حق الوكيل ويفرق الصفقة فكان حال الشفيع بحال الموكل أشبه فلهذا قلنا
إنه يفرق الصفقة **فإن قيل** أن الإنسان إذا باع ما يملك وما لا يملك فما أنكرتم

مثله فيما اختلفنا فيه **قيل** له الفرق بينهما ان البيع لم يتناولهما على
حد واحد لانه صح فيما يملك ووقف فيما لا يملك فصارت الصفقة كانها صفقتان
فجاز ان يعرض الفسخ في الموقوف دون الصحيح وليس كذلك الرد بالعيب لان
عقد البيع تناول المبيع كله على حد واحد فكانت الصفقة على التحقيق صفقة
واحدة وحكى بعض الشافعية الى انهم مختلفون فيه فمنهم من يرى ان الصفقة
تفرق في الرد بالعيب ومنهم من راى انها لا تفرق وانهم لم يفصلوا بين ان يكون
ذلك قبل القبض او بعده ووجدت في كلام ابن ابي هريرة ما دل على ان قولهم
فيه مثل قولنا **فصل** قال في الفتوى اذا اشترى رجلان عبدا ثم وجدا
بالعبد عيبا فاراد احدهما ان يرضى به واراد الاخر ان يرد ان من يريد ان يرد
بالعيب يلزمه ان يرد مع شريكه او ياخذ نصيب شريكه وياخذ ارش العيب
وعند ابي حنيفة اذا رضي احد الشريكين بطل الرد وعند الشافعي ان الصفقة
تفرق ويرد من يريد الرد ووجهه ما قاله يعني ان تفريق الصفقة للرد لا يجوز
للوجوه التي مضت ولا يمكن ابطال حق الشريك الذي يريد الرد وفي رضى الشريك
بالعيب ابطال لحق شريكه فوجب ان يضمنه كما نقول في الشريكين يعتق
احدهما نصيبه ويبطل حكم الرد لرضاه بالعيب في نصيب نفسه كما قلنا فيمن
وطئ جارية مشتراة ثم وجد بها عيبا انه اذا ابطل خياره في الرد يرجع على
البائع بارش العيب اذا لم يكن رضي بالعيب وكذلك القول فيمن اشترى عبدا فوجد به
عيبا ثم مات قبل الرد انه يرجع بارش العيب **مسألة** قال واذا قال البائع برئت
اليك من كل عيب لم يبرأ بقوله هذا من العيوب التي لم يبينها للمشتري قال ابو حنيفة
يبرأ من جميع العيوب واختلف اقوال الشافعي فيه ومن جملتها ان ذلك يبطل البيع
لان البيع يكون مجهولا لانه يشتريه بعشرة ولا يدري كم النقصان فيه لانه لا يدري
مقدار الارش ولا مقدار قيمته وهذا لا معنى له لان اكثر ما فيه ان يشتريه وهو
لا يعرف قيمته ويجوز ان تكون قيمته تسعة او ثمانية او اقل وذلك لا يوجب
فساد البيع فبطل هذا القول ولا يصح ان يقال انه شرط مجهول فيجب ان يفسد البيع
لانه لا يوجب جهالة في المبيع ولا البيع ولا الثمن بل كل شرط لا يوجب ذلك فلا يجب
ان يكون مفسدا للبيع عندنا على ما بيناه فيما تقدم **فان قيل** هو يوجب جهالة

في المبيع لأنه لا يدري ما هو وما الذي فيه من العيوب **قيل** له لو كان ذلك كذلك لوجب أن يفسد البيع وإن لم تشترط البراءة إذا كان فيه عيب لم يعرفه المشتري والبائع وذلك فاسد فوجب سقوط هذا السؤال وعلى هذا القول الذي يجيز البيع تختلف أقوالهم فمرة لا يفرق بين الحيوان والثياب ونحوها ومرة يجمع بينهما ومرة لا يفرق بين عيب علمه البائع وبين ما لم يعلم ومرة لا يجمع بينهما والدليل على أن هذه البراءة غير صحيحة أنها في البيع اشتراط ترك حق له وقد مضى الكلام في مسألة في باب شرط البيع وبينا أن الشرط إذا لم يكن صفة للبيع ولا المبيع ولا الثمن ولا كان مما يصح أن يعقد عليه العوض منفردا ثبت البيع دون الشرط وذلك بأن يبيع ويشترط الولاء لنفسه لأنه ترك حق للمشتري من غير أن يكون ذلك صفة للبيع أو المبيع أو الثمن وكذلك من اشترى جارية على أن لا يطأها ثبت البيع وبطل الشرط لأنه اشترط على نفسه ترك حق له على الوجه الذي بينا فوجب أن يسقط الشرط فيما اختلفنا فيه لأنه اشترط على المشتري ترك حق هو له وهو الرد بخيار العيب **فإن قيل** أليس لو نص على عيب بعينه بعينه ورضي به المشتري صح ذلك **قيل** له بين هذا وذاك فرق لأن هذا شراء المعيب وشراء المعيب جائز وليس ذلك كذلك لأنه لم يجعله معيبا يتعلق البيع يتعلق به مع العيب وإنما شرط عليه أن يترك حقا يكون له وهو الرد بالعيب وأيضا لا خلاف أنه لو قال قد أبرأتك من عيب واحد أو عيبين أو أكثر من ذلك ولم ينص فيه كان ذلك باطلا والعلة أنها براءة من عيب مجهول وكذلك ما اختلفنا فيه **فإن قيل** فيما ذكرنا لا أن لأمر الوجه الأول أنه براءة من العيوب وليس هو اشتراط ترك الحق له **قيل** له إنه وإن كان بلفظ البراءة فالمعنى فيه هو اشتراط ترك حق له لأن تحصيله أنه اشترط عليه أن لا يرد بالعيب إن وجد فيه وما يراعى في صحة البيع والشرط وفسادهما إنما هو في المعاني دون العبارات

مسألة قال ولو أن رجلا اشترى من رجل سلعة فحملها إلى بلد غير بلده البلد الذي وقع البيع فيه فوجد بها عيبا ولقي البائع في ذلك البلد كان له أن يردها عليه فيه ولم يكن للبائع أن يطالب المشتري بردها إلى البلد الذي انعقد فيه البيع ووجهه أن الرد حق للمشتري لا يتعلق له بالمواضع فله أن يستوفيه من البائع في أي موضع

وجد لأن فيه دليله سائر الحقوق كالدين والقصاص والكفالة لأنها أجمع حقوق لا
تتعلق بالمواضع التي وجبت فيها وانما احترزنا بقولنا لا تعلق له بالمواضع من السلم
وان السلم اذا كان من شرطه تسليم المسلم فيه في موضع بعينه صحت المطالبة
بتسليمه في ذلك الموضع **مسألة** قال ولو انه وجدها عيبا واشهد على ذلك
وتوجه الى البلد الذي فيه البائع ليردها فتلفت في الطريق كان له أن يرجع على صاحبها
بنقصان العيب تخريجا التخريج فيه قولنا بنقصان العيب لأن اطلاق اللفظ في المعنى
ما يقتضي الرجوع بالثمن الا ان مسائله تدل على الرجوع بأرش النقصان فكان قوله
الثمن عبارة عن ارش النقصان والوجه في ذلك ان المشتري اذا اشترى معيبا وهو
لا يعلم وحدث ما يمنع الرد وجب أن يرجع عليه بالنقصان على ما بينا فان اشترى جارية
معيبة ثم وطئها ثم علم بالعيب انه يرجع بارش النقصان لتعذر الرد فكذلك في هذه
المسألة لأن الرد فيها قد تعذر لأنه لا سبيل الى رد التالف فوجب أن يكون له الرجوع
بارش النقصان قياسا على ما ذكرناه وأيضا المشتري لم يستوف حقه اذ كان حقه ان يتسلمها
تسليما صحيحا من العيوب فوجب ان لا تبطل ظلامته ولا سبيل الى استدراكها الا
بالرد او الرجوع بالأرش لانا لو لم نفعل ذلك كنا قد ابطلنا ظلامته وقد قال الله تعالى
لا تظلمون ولا تظلمون ويجب انه يكون ما ذهبنا اليه به قال ابو حنيفة واصحابه لأنهم
جعلوا قولهم في هذا الباب بأنهم قالوا الرد اذا تعذر لغير فعل كان من المشتري
او بفعل منه غير مضمون فيجب ان يكون له الرجوع بارش العيب عندهم ويدل
على ذلك وعلى ان الشافعي يجب ان يكون ذلك قوله لان قولهما ان المشتري اذا احدث
عنده عيب آخر كان له الرجوع بارش العيب الأول لتعذر الرد اذ لا يمنع عندهما رد
المعيب **مسألة** قال ولو ان رجلا اشترى من رجل شيئا من المأكول التي لا
يوقف على عيبها الا بعد كسرها فوجد فيها عيبا فله أن يرجع على البائع بنقصان العيب
ان كان له مع العيب قيمة وان كان مما لا قيمة له كنحو البيض وشبهه فله ان يرده ويرجع
بالثمن على البائع وبه قال ابو حنيفة واصحابه واختلفت اقاويل الشافعي اختلافا كثيرا
والذي يقتضيه مذهب يحيى عليه السلام ان للمشتري خيارين ان كان له بعد الكسر
قيمة احدهما على ما ذكرناه هاهنا من الرجوع بارش العيب والثاني ان له ان يرده ويرد
ارش الكسر على ما نص عليه في [illegible] اذا وجد المشتري بها عيبا بعد ان حدث عنده

عيبا آخر

بسبب آخر لأن الكسر يمنع لحدوث عيب آخر عنده ولا يجب أن يكون
سبيله سبيل الغاصب يعتبر فيه أن يكون الكسر أن المعظم منافعه على الوجه
الذي نذكره في مسألة الغصب فيضمنه ولا يكون له سبيل إلى رده لأنه
متعد فيه وكذلك النجار إذا كسر والدباغ إذا أفسد الأديم لأنهما متعديان والمشتري
ليس بمتعد في الكسر لأنه مأذون فيه فكان حكمه حكم السلعة يحدث فيها عيب
عند المشتري ثم يجد فيها عيبا والوجه فيها ما مضى في الكتاب فلا غرض في إعادته وأما
إن لم يكن له بعد الكسر قيمة فعليه أن يرده ويرجع بالثمن لأنه لا يستحق ثمن ما لا
قيمة له لأن بيعه لا يصح ولأنه لا يصح أن يعتبر فيه الأرش لأن الأرش مبني
على القيمة فإذا لم يكن له قيمة بطل البيع ورجع بالثمن **مسألة** قال ولو أنه
اشترى من رجل بذرا على أنه بذر البصل فنبت كراثا فله على البائع ما بين
القيمتين إن كان البائع لم يتعمد ذلك وإن كان تعمد ذلك فهو أولى بما نبت
وعليه للمشتري ثمن البذر وما غرم عليه في أرضه ووجهه أن البائع أعطاه
المبيع ولكن دون الصفة التي اشترط للمشتري فهو بمنزلة أن يبيعه المعيب فإذا
استهلكه المشتري ثم علم به لزمه ما بين القيمتين لأنه أرشه على ما بيناه
فيما مضى وعلى هذا يجب على مذهبه أنه لو اشترى طعاما فأكله ثم وجد به
عيبا أنه يرجع بأرش العيب وقال أبو حنيفة لا يرجع بأرش العيب وقال أبو يوسف
ومحمد يرجع به وهو الصحيح لأنهم أجمعوا فيمن اشترى فاكهة فكسرها ثم وجد
بها عيبا أنه يرجع بأرش العيب وإن كان كسره فعله فكذلك الأكل والبيع لأن
ذلك استهلاك حصل بفعل المشتري فيجب أن لا يمنعه ذلك من الرجوع بأرش
العيب وكذلك الذي يقتضيه مذهبه أنه لو كان عبدا فأعتقه ثم وجد به عيبا
أنه يرجع بأرش العيب وبه قال أبو حنيفة وأصحابه لأنه عندهم فعل غير مضمون
وكذلك على مذهبنا القتل وهم خالفوا فيه إلا رواية حكاها الطحاوي في المختصر
عن أبي يوسف والأصل في جميع ذلك أنه لم يسلم ما استحقه المشتري وتعذر
الرد فوجب أن يكون له الرجوع بالأرش كما قلنا فيمن وطئ جارية ثم وجد بها عيبا
والوطء أيضا مضمون عليه ولم يبطلوا الرجوع بأرش العيب مع الوطء فكيف
تبطلون مع ما ذكرنا فأما إن تعمد البائع فللمشتري الخيار في أن يسلمه إلى البائع

ويرجع عليه بالثمن وما غرم لأن المشتري مغرور والمغرور يرجع بما غرم
بغروره على الغار على ما يجيء من بعد **قال** وان اشتراه على انه بذر الكراث
فانبت بصلاً فعلى المشتري للبائع ما بين القيمتين ان كان البائع لم يتعمد ذلك
فان تعمد فهو متبرع بالزيادة وذلك انه بمنزلة من زاد المشتري على ما استحقه
بعقد البيع فالبائع أولى بالزيادة ان علمه قبل الاستهلاك فكذلك زيادة القيمة
وليس يشبه هذا ان يبيعه عبدا على انه يرد افوجده صحيحا لأن البيع
يتناول عين العبد ورضي المشتري به معيبا فاذا لم يكن معيبا لم يجب عليه شيء
وما قلناه محمول على ان البيع لم يقع على عين البذر فليشبه ان يبيعه عشرة
اقفزة فيعطيه على سبيل الغلط احد عشر ففيه ان الزيادة للبائع فاما
اذا تعمد فهو متبرع لانه بمنزلة ان يكون زاد فوق ما استحقه متعمدا كما روي
أن النبي صلى الله عليه وآله اشترى سراويل ثم قال للوازن زن وارجح فكان صلى الله
عليه السلام متبرعا بالرجحان فكذلك ما ذكرنا هنا البتة **مسئلة** قال وان
ادعى المشتري عيبا في السلعة فانكره البائع فعلى المشتري البينة وعلى البائع
اليمين والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وآله البينة على المدعي واليمين على
المدعى عليه وههنا المشتري هو المدعي لانه يدعي خلاف الظاهر ويحاول
الزام البائع ما لا يلزمه في الظاهر والبائع دافع لذلك ومستند الى الظاهر لأن
الظاهر في البياعات الصحة والسلامة حتى يثبت خلافه وبما بينا لا يفرق
بين المدعي والمدعى عليه وأيضا المشتري يدعي وقوع البيع على العيب ونحن لا
نعلمه والبائع منكر ولا بد من تصحيحه بالبينة على هذا لو ان احد المتبايعين ادعى
ان له خيار الشرط فعليه البينة وعلى المنكر اليمين لما بيناه ألا ترى انه
اذا ادعى انطواء العقد على خيار لا يعرفه فصاحبه منكر وهذه جملة لا احفظ
فيها خلافا قال وكذلك ان اقر البائع بالعيب وادعى حدوثه في يد المشتري
ويجوز أن يكون كان وهو عند البائع قبل وقوع العيوب لأن العيوب ثلاثة عيب
علم انه لا يحدث مثله في مثل المدة التي وقع فيها البيع فهذا يلزم البائع لا محالة وعيب
يعلم انه عيب حادث عن قرب ولا يجوز ان يكون كان عند البائع فهذا يلزم المشتري
لا محالة وذلك كالجراحات الطرية او ما اشبه ذلك والعيب الثالث ما يجوز ان يكون

م انطوى



عند البائع ويجوز أن يكون حدث عند المشتري والمسألة مبنية على هذا الذي
وهذا مما لا خلاف فيه لأن البينة فيه على المشتري لادعائه ما لا يعلم صحته
وما هو خلاف الظاهر لأنا نجد العيب في يده وهو يدعي أنه كان في يد البائع
وأن العقد وقع مع حصوله وكل ذلك خلاف الظاهر والبائع منكر له فوجب
أن تكون اليمين على البائع والبينة على المشتري قال فإن أخذه البائع ثم ادعى
عيبا حدث عند المشتري فالبينة على البائع واليمين على المشتري ووجهه ما مضى
من أن الظاهر خلافه وأن البائع يحاول إلزام المشتري ما لا يلزمه في الظاهر
فلزمته البينة وكان القول فيه قول المشتري مع يمينه إذا لم يكن للبائع بينة

باب القول في استحقاق المبيع

إذا استحق المبيع على المشتري فرده على المستحق لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه إلا أن يكون رده
على المستحق بحكم الحاكم أو بإذن البائع وهذا مما لا أحفظ فيه خلافا ووجهه
أنه إذا رده على المدعي باختيار نفسه أو بإقراره لم ينفسخ البيع الذي كان بينه
وبين البائع لأن إقراره لا يلزم بائعه ولأن استهلاكه ما اشترى باختياره لا
يعترض العقد الذي تقدم وأما إذا رده بحكم الحاكم فله الرجوع بالثمن على البائع
لأن الحاكم إذا حكم به للمدعي فقد تضمن الحكم إبطال البيع الذي جرى بين من كان
الشيء في يده وبين البائع فإذا أبطل ما بينهما من البيع وأخذ الشيء من يد من كان
في يده حكما صار ما أعطى البائع من الثمن بمنزلة دين له على البائع فصح أن يرجع
عليه وكذلك إذا أذن البائع للمشتري في رده ورضي به المشتري جرى ذلك مجرى
إقرارهما جميعا ببطلان البيع وبأن المبيع قد استحقه المدعي فإن رده رجع
عليه بالثمن للوجه الذي بيناه وروي عن علي عليه السلام أن إنسانا عرف
ملكا له في يد مشتر له فخاصمه فقضى عليه السلام بتسليمه إلى المدعي وقال
للمشتري اتبع صاحبك بما أعطيته حيث وجدته **مسألة** قال وإذا اشترى
سلعا في صفقة واحدة فاستحق بعضها رجع على البائع بثمن المستحق وصح
البيع فيما سواه وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأما الشافعي فقد اختلف قوله
وقد ذكرناها في مسألة بيع العبد مع الحر في صفقة واحدة ووجه ما ذهبنا إليه

أن هذا البيع غير منطوي على الفساد لأنه قد نفذ في نصيب البائع لأنه باع
ما ملكه ولم يجب أن يفسد في نصيب من سواه لأنه وقع موقوفا على اجازته
على مذهبنا في البيع الموقوف فوجب أن يستقر البيع في نصيب البائع دون
نصيب المستحق دليله الشفعة في الضيعتين إذا اشتراهما المشتري وللشفيع
حق في أخذها فإنه إذا طلبها واستحقها استقر البيع فيما لا حق فيه للشفيع وإن
استحق الشفيع ما له حق الشفعة بشفعته وجب تفريق الصفقة
وكذلك ما ذهبنا إليه وليس يلزم على ما قلناه من فساد البيع إذا باع عبدا
وحرا صفقة واحدة وذكية وميتة لأن البيع انطوى هناك على الفساد
إذ لا يصح بيع الحر والميتة بحال وكذلك لا يتأتى فيه تفريق الصفقة لأن الثمن
لا يمكن توزيعه عليهما إذ لا يصح تقويم الحر والميتة وليس كذلك في مسألتنا
هذه إذ يصح توزيع الثمن على قيمتهما فوجب أن يكون ما ذكرناه صحيحا ثابتا

مسألة قال ولو أن رجلا اشترى عبدا صانعا فاستغله ثم استحق
حكم به لمستحقه ولم يكن له أن يطالب المشتري بما استغله منه وذلك
لقوله صلى الله عليه وآله الخراج بالضمان والمشتري قد ضمن العبد وضمن منافعه
لإيجابنا عليه لصاحبه كرى مثله فوجب أن يكون الخراج له وهو الغلة ولأنه
إذا ضمن منافعه ولزمه كرى المثل فلا وجه لأن يستحق عليه الغلة لأن صاحبه
لو استحقها كان قد أخذ عوض منافعها مرتين مرة كرى المثل ومرة حين يأخذ
الغلة وذلك باطل وذلك مبني على أن يحكم عليه بكرى المثل وتكون الغلة له وبه
قال أبو حنيفة **قال** ولو اشترى مريضا فأنفق عليه حتى برأ ثم استحق فإنه
يقضى به للمستحق ولم يرجع المشتري عليه بما أنفق على العبد وذلك أنه متبرع
بما أنفق لأنه لم ينفقه بإذن مولاه ولا بإذن الحاكم ولا بحكم ولاية له فأشبه
سائر ما يتبرع به في أنه لا يرجع على صاحب العبد **مسألة** قال
ولو أن رجلا اشترى ثوبا فقطعه قميصا ثم استحق قضى به لمستحقه ولم
يرجع بنقصان الثوب إلا على من غصبه إن كان المشتري لم يعلم أنه مغصوب
واعلم أن المراد بهذا الضمان لا يتقرر أحد إلا على الغاصب البائع لأنه غار
والمغرور يرجع بما ضمنه لغروره على الغار على ما نبينه بعد هذه المسألة في

هذا الباب

هذا الباب فاما المستحق فله أن يطالب المشتري به لانه استهلك بعض ماله بالقطع ومن استهلك مال غيره بغير اذنه فانه يضمنه سوى استهلكه عالماً او جاهلاً لا خلاف فيه لان الضمان لا يؤثر فيه العلم والجهل وانما يؤثر في المأثم **قال** فان كان المشتري علم انه مغصوب كان المستحق مخيراً بين أن يأخذ قيمته صحيحاً وبين أن يأخذه مقطوعاً ورجع المشتري على البائع بالثمن دون ما سواه *

ووجهه ان المشتري اذا علم انه مغصوب كان هو ايضاً غاصباً ولم يرجع على البائع الا بالثمن لانه ليس فيه بمغرور وانما اقدم على ما اقدم مع العلم به ووجه التخيير فيه ما نذكره في كتاب الغصوب فانه اخص بذلك الموضع **قال** وكذلك القول * فيمن اشترى شاة فذبحها ثم استحقت والوجه في جميع ذلك ما قد مضى اذ لا فصل في هذه المسائل غير ما ذكرناه **مسألة** قال وكل من استحق شيء في يده * فعليه تسليمه الى المستحق سوى امكنه الرجوع على البائع او لم يمكنه وهذا مما لا خلاف فيه وعليه دل كلام امير المؤمنين عليه السلام اتبع صاحبك حيث وجدت وامره بتسليم ما استحق الى المستحق وايضاً اذا استحقه المستحق فان يده هو في يده لا تصير يد الغاصب فليس له احتباسه بحق له على البائع لانه ليس برهن عليه ولا في حكم الرهن فيصح ذلك **مسألة** قال واذا اشترى رجل جارية فوطيها فاولدها ثم استحقت فانه يقضي بالجارية للمستحق ويقضي له على المشتري بقيمة الاولاد ويرجع المشتري بالثمن على البائع وكذلك يرجع عليه بما لزمه من قيمة اولاده قولنا انه يقضي بها للمستحق لا خلاف فيه لان المالك اولى بملكها ولان استيلادها ليس باستهلاك لها فكان حكمها حكم سائر المغصوبات اذا استحقت وكون الولد حراً فما اجمع عليه الصحابة والفقهاء بعدهم لان الوطء كان عن شبهة فلم يكن لاسترقاق الولد سبيل وما قلناه من انه يقضي على المشتري بقيمة الاولاد فما اجمع عليه الصحابة لانهم اجمعوا ان المشتري يضمن الاولاد وانما اختلفوا في تفسير الضمان وروي عن عمر انه قال غلام كالغلام او جارية كالجارية وذهب امير المؤمنين عليه السلام الى ان المضمون هو القيمة والذي ذهب اليه قالت به العلماء كابي حنيفة والشافعي وغيرهما ويبين صحته ما ثبت من ان النبي صلى الله عليه وآله حكم في عبد بين رجلين اعتقه احدهما بنصف قيمته للشريك على المعتق ان كان موسراً ولم يحكم بنصف عبد مثله

فصار ذلك أصلاً في أن ضمان العبد يكون بالقيمة دون المثل ولا خلاف في العبد المغصوب إذا مات في يد الغاصب أن عليه قيمته دون مثله وكذلك إن قتله خطأً فبان أنه من ذوات القيم دون ذوات الأمثال ولأن الدلالة قد دلت على أن السلم في العبد لا يجوز فثبت أنه لا يجوز ثبوته في الذمة فوضح جميع ما بيناه أن الصحيح فيه قول علي عليه السلام وأما رجوع المشتري بالثمن على البائع فما لا خلاف فيه لأن حكمها حكم سائر ما استحق في أن المشتري يرجع بالثمن على البائع لأن ما بينهما من البيع يبطل على ما بيناه في صدر هذا الباب وأما رجوعه عليه بقيمة الأولاد فبه قال أبو حنيفة وأصحابه وحكي أنه أحد قولي أصحاب الشافعي وأن الوجه الآخر أنه لا يرجع والذي يدل على صحة ما قلناه من أنه يرجع على البائع الغار بقيمة الأولاد التي ضمنها ما أجمعنا عليه أن الشهود إذا شهدوا بعتق عبد ثم رجعوا أنهم يضمنون وكذلك لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة والشافعي أن من أعار غيره أرضاً ليبني فيها مدة ثم أمره برفعها قبل انقضاء المدة في أنه يضمن للباني قيمة البناء وكذلك لا خلاف في ضمان الدرك فصار جميع ذلك أصلاً في أن كل من غر غيره في
غرم لم يستوف المغرور عوض ما غرم كان ضامناً للمغرور ما لحقه من الغرم فلذلك قلنا إنه يرجع بما غرم من قيمة الأولاد على البائع لأنه غره في المبيع حتى صار ما ليس بمال وهم الأولاد في حكم المال والذي يقتضيه المذهب أنه يضمن للمستحق العقر على ما نص عليه في الأحكام في الأمة إذا دلست نفسها فتزوجت على أنها حرة لأنه وطء الشبهة ولا يرجع بالعقر على الغار لأنه قد استوفى لنفسه عوض العقر وهو الوطء وهذا مما لا أحفظ فيه خلافاً والذي ذهب إليه أبو حنيفة وأصحابه أن قيمة الولد

أجمعنا

بيانه في الأم

على أن ولد المغصوبة
الغاصب لا يصير ضامناً القيمة حتى يطالب لأنه إذ ذاك يكون في حكم المتبع فإن مات الولد قبل فيجب أن لا يضمن المشتري قيمته لأنه مات قبل توجه الضمان عليه كما يقوله في ولد المغصوب وبه قال أبو حنيفة وأصحابه قال ولو أنه حين اشتراها لم يطأها لكنه زوجها من عبد له فأولدها العبد قضي بها وبأولادها للمستحق وذلك أن الولد إذا كان من العبد لم تجب له الحرية وإذا لم تجب له الحرية كان ملكاً لسيد الأمة

ألا ترى أن حرًا لو تزوج امرأة عالمًا بأنها أمة فأولدها كان الولد مملوكًا لسيد الأمة
لأن حريته لم تجب فوجب أن يملكه سيدها قال ولو أنه حين اشتراها علم أنها مغصوبة
كان وطؤه لها زنا فإن أولدها قضي بها وبولدها للمستحق وذلك أنه إذا علم أنها مغصوبة
كان وطؤه لها زنا ولم يثبت منه نسب الولد وكان الولد بمنزلة ولد جارية استولدت
من زنا في أنه يكون مملوكًا لسيد الأمة وهذا لا خلاف فيه **مسألة** قال ولو أنه
اشترى عبدًا فوجده حرًا قضي له بالرجوع على البائع ولم يكن له على الحر المبيع شيء
وذلك أن بيع الحر باطل فعلى البائع رد ما أخذه من المشتري لأنه أخذه بالباطل
وقد قال الله تعالى ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ ولم يجب على الحر المبيع شيء لأن
المال لم يدفعه إليه ولا سبيل على رقبته لأن الحر لا يملك قال صلى الله عليه
وآله لا يملك على حر **قال** فإن كان الحر هو الذي باع نفسه فإنه يضمن ما أخذه
إن كان بالغًا وذلك أن البيع باطل فهو ضامن لما أخذه من المشتري قال فإن لم يكن
بالغًا لم يضمن ما أخذه إن كان مستهلكًا وذلك أن الذي ليس ببالغ ليس له قبض
ويكون صاحب المال بإعطائه المال يكون في حكم الراضي بتصرفه والمبيح له إياه
فلهذا لم يضمنه فأما إذا كان قائمًا بعينه فلا إشكال في وجوب رده قال ويؤدب
كل من فعل ذلك عالمًا بتحريمه أنه ارتكب أمرًا محظورًا عظيمًا وكل من ارتكب
مثل ذلك كان أمر تأديبه موكولًا إلى اجتهاد الإمام **مسألة** قال القاسم عليه السلام
ولو أن رجلًا اشترى شيئًا كيلًا أو وزنًا أو عددًا فاستوفاه على ما اشتراه ثم وجده
في منزله زائدًا على ما ابتاعه وجب عليه أن يرد الزيادة على صاحبه وذلك
أنه أخذ فوق ما استحقه بالشراء فيلزمه رده وهذا إذا لم يكن تبرع به صاحبه فإن
كان تبرع به صاحبه لم يلزمه رده لتطييبه فيما مضى على أن من اشترى شيئًا
فاسترجحه فأجابه البائع إلى ذلك أنه جائز إذا لم يكن مشروطًا في العقد

[illegible]

باب الصرف

لا يجوز أن يصرف الذهب بالذهب إلا مثلًا بمثل يدًا بيد سواء تبره ودنانيره
وجيده ورديه وصحاحه ومكسره وكذا القول فيه في صرف الفضة بالفضة ولا
بأس بصرف الذهب بالفضة مثلًا بمثل ومتفاضلًا إذا كان يدًا بيد ولا يجوز

نسيئا وهذه الجملة مما لا خلاف فيه بين العلماء الا ما روي فيه عن ابن عباس
من قوله لا ربا الا في النسيئة وقد بينا فيما مضى من الاخبار المتظاهرة
الواردة بطرق مختلفة من قوله صلى الله عليه وآله الذهب بالذهب مثلا
بمثل يدا بيد وفي بعض الاخبار والفضل ربا وفي بعضها من زاد او ازداد فقد
اربا وفي بعضها ها وها وفي بعضها فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم وما روي
عن ابن عمر من قوله صلى الله عليه وآله لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين
مسئلة ولو ان رجلا كان معه دنانير فاراد ان يصرفها بدراهم ولم يحضر
تمام الدراهم لم يجز الصرف الا بمقدار ما يحضر والا بطل الا ان يستقرض او يترك عند
صاحبه وديعة او قرضا وهذا مما لا خلاف فيه ووجه ان ما قدمناه من ان
الصرف لا يجوز الا يدا بيد وان النساء لا يجوز فيه وكشفناه من جهة
الآثار والاجماع قال ولا يجوز للمتصارفين ان يفترقا الا بعد ان يقبض كل واحد
منهما من صاحبه ما وجب له عليه بصرفه وهذا مما لا خلاف فيه والاصل فيه
ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وآله ان ابن عمر سأله فقال يا رسول الله
اني ابيع الابل بالذهب فآخذ الدراهم وبالدراهم فآخذ الدنانير فقال لا بأس اذا لم
تفترقا وبينكما شيء وروي عن ابن عمر قال كنت ابيع الذهب بالفضة والفضة بالذهب
فقال لي رسول الله صلى الله عليه وآله اذا بايعت رجلا فلا تفارقه وبينك وبينه
شيء وروي لا تشفوا بعضه على بعض ولا تبيعوا غائبا منه بناجز والاخبار في هذا
كثيرة متظاهرة وقال في الاحكام فيمن اشترى دينارا بدراهم فلم يكن عنده
تمام الدراهم فاستقرض تمامها واوفاه جميع حقه قبل ان يفترقا فالصرف تام صحيح
فدل ذلك على ان تمام الصرف لو لم يحصل عند العقد جاز اذا حضر ووفى قبل التفرق
وبه قال ابو حنيفة واصحابه ووجه ان النبي صلى الله عليه وآله قال لا بأس اذا لم
تفترقا وبينكما شيء حين سأله ابن عمر عن بيع ما في الذمة من الفضة بالدنانير والدنانير
بالفضة فثبت ان المراعى حصول التفرق ما استوفاه كل ذي حق حقه من الصرف وقوله
صلى الله عليه وآله يدا بيد وقوله ها وها وهذا محمول على منع جواز الاجل في
الصرف **مسئلة** قال ولا يجوز بيع الذهب بالذهب جزافا وكذلك لا
يجوز بيع الفضة بالفضة جزافا ولا ان يشتري بذهب مدفوع وذهبا جزافا

ولا ان يشتري بفضة موزونة بفضة جزافاً ولا بأس ببيع الفضة بالذهب جزافاً وكذلك
لا بأس ان يكون احدهما موزوناً والآخر جزافاً وهذا مما لا خلاف فيه ووجهه ما ثبت
من تحريم الذهب بالذهب الا ان يكون مثلاً بمثل وكذلك تحريم الفضة بالفضة الا
مثلاً بمثل فاذا اشترى ذهباً جزافاً بذهب جزاف لم يحصل العلم بتماثلهما لجواز ان يكون
احدهما اكثر والآخر اقل وذلك يحرم نصاً واجماعاً وكذلك الفضة بالفضة وهذا
هو الوجه في منع الصرف ان كان احد الذهبين جزافاً والآخر موزوناً فاما الذهب
بالفضة فانه يجب أن يكون الصرف جائزاً لا خلاف فيه وقد قال صلى الله عليه وآله
فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يداً بيد وليس كونهما جزافين او كون احدهما جزافاً
اكثر من حصول التفاضل وذلك جائز مع اختلاف الجنسين **مسألة** قال
ولا يجوز أن يشترى تراب معادن الذهب بالذهب ولا تراب معادن الفضة بالفضة
ووجهه انه لا يعلم المساواة والتماثل فيبطل البيع لأن الذهب بالذهب لا يجوز الا مثلاً
بمثل وكذلك الفضة بالفضة **فان قيل** هلا اجزتم ذلك اذا
كان الذهب بمثله من الذهب والفاضل ثمناً للتراب كما قلتم ذلك في الزبد باللبن
قيل له لأن التراب لا يقصد بالبيع ولا قيمة له في حال حكمه ما اجزناه
من الزبد باللبن لأن اللبن بعد أخذ الزبد عنه له قيمة وهو مقصود بالبيع والشراء
قال ولو ان رجلاً اشترى تراب معادن الذهب بالفضة او تراب معادن الفضة بالذهب
كان هو والبائع بالخيار عند بيان ما يخرج فمن شاء منهما فسخ البيع فان احبا امضياه
ووجهه ان البيع لم يستقر فيه لاشتماله على الغرر لأن كل واحد منهما لا يعلم المقصود
بالبيع فيه على طريق الاجمال والتفصيل فأشبه البيع الموقوف والمعنى انه
بيع غير مستقر فلذلك جعل الخيار فيه لكل واحد منهما ولا يمتنع على هذا
ان يكون ذلك سبيل من باع عبداً آبقاً في انه لكل واحد من البائع والمشتري الخيار
في فسخ البيع ما لم يظفر بالعبد ويسلمه المشتري بعلة انه بيع غير مستقر لاشتماله
على الغرر في باب التسليم **فان قيل** هلا ابطلتم البيع فيه لاشتماله على
الغرر **قيل** له لأنه ليس بغرر في الحقيقة لأن الغرر في الآبق انما هو في
التسليم دون العقد والغرر في تراب المعادن انما هو في مقدار ما فيها من ذهب او فضة
فلم يكن غرراً تاماً كما تكون بيع الثمرة سنين وبيع ما في بطون الانعام وضروعها

وبيع ما ينتظر خروجه من الزرع على ان المسلمين قد اجازوه وان بيع تراب المعادن
فلم يكن الى ابطاله سبيل فجعلنا لهم الخيار كما ان السنة لما وردت باجازة
البيع الموقوف لم يكن الى ابطاله سبيل فجعلنا لهم الخيار فيه واذا اختلط تراب
معادن الذهب بتراب معادن الفضة لم يجز شراؤه بالذهب ولا بالفضة وهذا
محمول على انه لا يجوز اذا لم يعلم المشتري به من ذهب او فضة اكثر مما في التراب
من جنسه فان علم ذلك وجب ان يكون صحيحا كما بيناه في مسائل نشتري اللبن
بالزبد على ان يكون الفاضل مما يقابل جنسه ثمنا للجنس الآخر مسألة
قال ومن اراد ان يصرف ذهبا بذهب لم يجز له ان يدخل بينهما فضة دون قيمتهما
فلا بد من ان يصرف الذهب بالفضة صرفا صحيحا بحصول التفرق عليه ويقبض
الدراهم ثم يصرف الدراهم بالذهب صرفا ثانيا ان اراد ذلك وكذا القول فيمن
اراد ان يصرف فضة بفضة والوجه في هذا قول الله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم
بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولم تجر بينهما تجارة عن تراض ويجب
ان يكون ما بينهما باطلا لانه من المعلوم انه من قال بعتك مائة دينار بنصف
دانق من فضة انه لا يرضى بذلك وانما قصده بدل الزيادة الداخل في ذلك الفضة على
طريق الاستحلال فاذا ابطل ذلك صح ان ذلك باطل لانه في الحقيقة مائة بمائة
وعشرة وايضا روى محمد بن منصور باسناده يرفعه الى محمد بن سيرين عن ابن عباس
قال اياك ان تشتري دراهم بدراهم بينهما جريرة قال محمد يعني الذي يتحللها ولم يرو
خلافه عن غيره من الصحابة فجرى مجرى الاجماع منهم على انه يحتمل ان يكون
مراده عليه السلام بالكراهة دون ابطال البيع ووجه الكراهة انه يوهم الربا
كما في غيره من المسائل منها بيع المكيل بالثمن ثم يشتري مكيلا من جنسه اكثر منه
بذلك الثمن قبل القبض للثمن ونحو ذلك ويحتمل ان يقال ان المراد اذا كانت فضة
يسيرة دون مقدار الشعيرة حتى يكون مما لا يقصد بالبيع والشراء ولا يمكن
تقويمه ولا تقويم شيء به واذا كان المراد احد الوجهين الآخرين فيقال ان ذلك
تجارة عن تراض لان الرضى المعتبر في المبايعات هو ما يظهر منه دون ما يكون في الضمائر
وظاهر الرضى قد حصل بها ويحمل قول ابن عباس على جريرة لا يكون له قيمة كان يكون
اقل من اصبع او نحوه ويؤكد ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال

ما قيل

لما قيل انا نبيع الصاع من التمر الجيد بالصاعين والصاعين بالثلاثة نهى عن ذلك
وقال لا تفعلوا ولكن بيعوا هذا واشتروا بهذا الثمن ولم يشترط ان يكون الثمن قيمة
فاقتضى جواز البيع باقل واكثر من الثمن **فان** سأل سائل على هذا الوجه الاول
فقال اذا كان البيع لا يصح الا على التراضي الذي يرضيان التفرق عليه فكيف اجزتم
بيع الزبد باللبن الذي فيه الزبد اذا كان الزبد الخارج اكثر من الزبد الذي في اللبن
واجزتم بيع السيف المحلى بالذهب بذهب اكثر منه ومن الجائز ان يكون الزبد فوق
قيمة اللبن او السيف بحيث لا يرضيان التفرق عليها فوجب ان يبطل واذا بطل الاول
بطل الثاني لان صحته مبنية على صحة الاول واما منعه من التصرف في ثمن الذهب
من الفضة وثمن الفضة من الذهب قبل القبض فذلك مما الاختلاف فيه ويدل عليه قول
النبي صلى الله عليه وآله لابن عمر لا بأس اذا لم تفترقا وبينكما لبس وفي بعض الاخبار
وبينكما شيء فيكون التصرف فيه واقع حتى يقع القبض واذا لم يكن وقع لم يجز التصرف
فيه لانه في حكم ما لم يملك والمسئلة وفاق واظنه منصوص عليه في المنتخب
مسئلة قال ولو ان رجلا استسلف من رجل دراهم والصرف على عشرين
درهما بدينار ثم تزايد الصرف او تناقص او كان على حاله لم يكن للمسلف عند المستسلف
الا دراهم مثل دراهمه وهذا مما لا اختلاف فيه لان ما اخذه اخذه قرضا ولا يلزمه الا مثله
على انه لو اخذه ايضا على انه قد باعه بها دنانير كان الصرف باطلا ويعود الامر فيه
الى ان المأخوذ بمنزلة القرض فيكون الجواب ما ذكرناه **مسئلة** قال
ولو اشترى رجل من رجل دراهم على انها جياد فوجد فيها رديا لم يجب له على البائع
الا ابدال ما كان فيها من الردي بالجيد ولم يكن لواحد منهما ان يطالب صاحبه بنقض الصرف
من اصله وكذلك القول لو كان بدل الدراهم دنانير وروي عن ابي حنيفة ان الصرف
ينتقض اذا كان البدل النصف ولا ينتقض اذا كان اقل من النصف وروي انه ينتقض بالثلث
ولا ينتقض في اقل منه **قال** ابو بكر اصح الروايات انه ينتقض في النصف ولا ينتقض
في اقل منه وقول ابي يوسف ومحمد مثل قولنا ان الصرف لا ينتقض في اقل منه وقوله
في قليل البدل وكثيره وحكي عن الشافعي انه اذا كان باعه بدراهم بعينها فوجدها
رديا فله الخيار ان شاء رد ما اخذ وفسخ العقد وان شاء رضي بها ناقصا ولا سبيل
الى الاستبدال وهو على قوله ان الدراهم والدنانير يتعينان بالعقد وخرج اصحابه على

على اقاويل ان كان باع بدراهم غير معينة في بعضها قالوا انه كالبيع بالدراهم المعينة
وفي بعضها قالوا انه يتبدل قبل التفرق وفي بعضها قالوا مثل قولنا ثم تخرجوا على ذلك اقاويل
متفاوتة ووجدنا ما ذهبنا اليه ان الصرف كان قد تم منهما اذ تفرقا وليس بينهما شيء
كما ورد به الاثر والدليل على ذلك انه لا خلاف في ان المشتري الدراهم لو رضي بالمعيب
كان له ذلك ولم يجب ان ينتقض الصرف كان قد تم منهما واذا صح ان ذلك الصرف
قد تم فمتى رد المعيب كان ذلك دينا يضمن في ذمته ويجري مجرى صرف ثان واذا اخذ
البدل قبل التفرق جاز واما قلنا انه يجري مجرى صرف ثان ولم يجعله على التفريق فا
ثانيا لانه لا خلاف انه ليس له ان يرد المعيب ويترك اخذ البدل في المجلس ولا خلاف
بيننا وبين ابي حنيفة في اقل من النصف او الثلث انه يتبدل ولا ينتقض الصرف
فكذلك اذا زاد على النصف والعلة انه استبدال الزيوف من الدراهم في الصرف فيجب
ان لا ينتقض ولا معنى لقولهم ان القياس ان لا ينتقض الصرف في القليل والكثير
لكنه استحسن في القليل ألا ينتقض بجواز الزيوف بالجيد من الغالب والورق مثلا بل
وهذا غير مسلم لان القياس على ما بيناه الا ينتقض الصرف فوجب ان يستوي فيه
القليل والكثير وايضا هذا القول يدل على ان يحيى بن الحسين عليه السلام يرى
ان الدراهم والدنانير لا تتعين بالعقد لانها لو تعينت لجرت مجرى السلع المبيعة في انها
ان وجد فيها عيب لم يتبدل فاذا صح ذلك فان الصرف لم يتعلق بدراهم باعيانها
فيجب ان يجوز استبدالها كما يجوز استبدال السلم اذا وجد فيه عيب وليس لهم ان يقولوا
ان الصرف ينتقض لان الصرف قد تم على ما بينا فرده لا يوجب فيه النقض وايضا هما
لم يفترقا الا عن قبض ولم يقصدا فيه الا ان يكون قبض بعد افتراق وما يطرؤ على العقد
بعد الابرام يخالف ما تنطوي المعقود عليه الا ترى ان المشتري يرد السلعة بالعيب
ولو بعد حين ويثبت خيار لا فيه ولو انطوى البيع على خيار مجهول فسد البيع وكذلك
حال الصرف وكذلك اذا رجع بارش العيب على البائع يكون ذلك حطا من الثمن ويصير
الثمن ما بقي ولو باعه بكذا الا من ما ينقص منه من ارش العيب فسد البيع وكذلك
لو قصدا في الصرف الى ان لا يتم القبض قبل الافتراق بطل ونكتة الباب ان الصرف
الاول قد تم لما بينا وان الذي يعرض بعده لا يؤثر فيه **مسألة** قال واذا
اشترى دراهم بدنانير على ان يرد على البائع ما وجد في الدراهم من الردي كان ذلك جائزا

اذا نقد

اذا انتقد كل واحد منهما ما صاحبه ما صار له عليه وهذا اذا اخذ الدراهم على انها
جياد لان وجه ان ما اوجبه الصرف لو اشترطه لا يجب ان ينتقض الصرف بمقداره
لانه لم ياخذ في الظاهر ما اوجبه الصرف فكانهما افترقا من غير تقابض تمام
الصرف وقد نبه على ما قلنا لانه قال اذا انتقد كل واحد منهما ما صار له
عليه ووجه المسئلة الاولى انهما تقابضا في الظاهر ما اوجبه الصرف الذي
جرى بينهما بدلالة ان اخذ الدراهم لو رضي بالردي الذي يجده لجاز ذلك بالاجماع
وكان الصرف تاما وكان عقد الصرف اوجب ان يبدل لكل واحد منهما ما وجد فيها
اخذه من الردي على ما بينا لانهما تقدم فاذا اشترط ما اقتضاه العقد لم يضر لان
ذلك ولانه اشترط ما اوجبه عقد البيع فكذلك اشتراطه استبدال ما يجب فيها
من الردي لا يضره اذا كان على الوجه الذي فسرناه لان ذلك مما اوجبه عقد الصرف
واما ان اخذ الردي على انه ردي وهو غير راض في الظاهر فذلك يوجب انتقاض
الصرف بمقداره لا على ما بينا لا **مسئلة** قال واذا كان على رجل لرجل دراهم
جاز له ان ياخذ منه بصرفها دنانير ولو كان عليه دنانير جاز له ان ياخذ عنها بصرفها
دراهم وهذا اذا لم يكن الذي في الذمة من ثمن الصرف كان يكون الرجل اشترى من اخر
دراهم بدنانير فانه لا يجوز ان ياخذ منه بدل الدراهم التي في ذمته دنانير
وكذلك لا يجوز ان ياخذ بدل الدنانير التي في ذمة الاخر دراهم وهذا مما
لا اختلاف فيه لان الصرف الاول لم يتم لان تمامه ان يقع التقابض في المجلس
حتى انهما لو تفرقا قبل القبض بطل الصرف الذي كان بينهما لقوله صلى الله عليه وآله
لابن عمر حين سأله عن بيع الدراهم بالدنانير فقال لا باس اذا لم تفترقا وبينكما
لبس وجملة الامر انه لا خلاف في جواز التصرف فيما في الذمم قبل القبض الا في
شيئين احدهما ما كان من ذلك من ثمن الصرف للوجه الذي بيناه لان الثاني
ما كان في ذمة المسلم اليه من السلم فانه لا يجوز التصرف فيه قبل القبض
لما نبينه بعد هذا في باب السلم فاما اذا باع رجل رجلا عبدا بالف درهم او
بخمسين دينارا فانه يجوز ان ياخذ منه بدل الدراهم دنانير وبدل الدنانير
دراهم لا اختلاف فيه لما روي عن ابن عمر انه قال لرسول الله صلى الله عليه وآله
انا نبيع الابل بالدراهم فناخذ الدنانير او بالدنانير فناخذ الدراهم فقال لا باس

اذا لم تفترقا وبينهما لبس قال ولو ان لكل واحد منهما على صاحبه دراهم ودنانير
جاز لهما أن يتصارفا ما في الذمم من الدراهم بالدنانير والدنانير بالدراهم اذا وفى كل واحد
منهما صاحبه ما وجب له عليه قبل افتراقهما وجهه ما قد مضى وذلك اذا لم
يكن ما في ذمتهما من ثمن الصرف على ما بيناه فان قيل فهلا منعتم من ذلك
لانه بيع الدين بالدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الكالي بالكالي قيل
له ليس هذا من الدين بالدين وذلك ان ما في الذمتين في حكم المقبوض من كل واحد
منهما الا ترى ان كل واحد منهما لا يحتاج الى تجديد قبض لتمام هذا الصرف فقد بان
انه بيع المقبوض بالمقبوض اما تحقيقا واما حكما وليس هو بيع الدين بالدين وانما الكالي
هو ان يبيع الرجل من رجل شيئا نسيئة ثم يسلم ذلك الثمن الذي في ذمته في شيء
آخر فيكون قد باع دينا بدين ولا يجوز ذلك لنهيه عن الكالي بالكالي مسألة
قال ولو ان رجلا دفع الى رجل دينارا فاشترى منه ببعضه ذهبا مثله وببعضه دراهم
كان ذلك جائزا وهو صحيح لانه باع ذهبا بذهب مثلا بمثل وذلك جائز لقوله صلى الله عليه
وعلى آله وسلم الذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد وباع بالبعض منه دراهم
وقد قال عليه السلام اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم يدا بيد وهذه الجملة لا خلاف
فيها ومن شرط صحة ذلك ان يقع التقابض في المجلس قبل التفرق على ما بيناه فيما تقدم
مسألة قال ولو ان رجلا اشترى من رجل دراهم بدنانير فاعطاه فيها
مكحلة انتقض من الصرف بمقدار ما في الدراهم من الكحل الا ان يبدله بدراهم جيدة
قبل التفرق فان نقض المشتري على الدراهم المكحلة كحلها لم يجب لصاحب الدراهم عما نحي
من الكحل الذي نقص عنها الا ان تكون له قيمة فانه يلزم المشتري وذلك ان المكحل
هو فضة مع كحل متميز عنه فجرى مجرى ان يشتري خاتما على انه فضة بذهب
فيجد في حشوه قيرا في ان الصرف ينتقض بمقدار القير لانه لم يعطه ما استحق
بصرفه فان قيل الستم تجوزون بيع الردي من الدراهم بالجيد والردي
انما يكون رديا بما يخالط النقرة من الغش قيل له ما يخالطها ليس
سبيله سبيل ما يتميز منه ويجري مجرى الحشو له فلهذا افترقنا
بينهما وقلنا ما ينقصه من الكحل ان كان لا قيمة له لم يضمنه وان كان
له قيمة ضمنه للبائع لان التضمين في الاموال انما يصح
على التقويم وما لا يصح تقويمه لا يصح تضمينه لان ذلك مما لا يصح

تفويته فأما إذا كان للمحيل قيمة فيجب أن يضمنه قطعة قال يحيى بن الحسين
عليه السلام فيمن اشترى بيضا فكسره فوجده عفنا لا قيمة له بأنه يرجع بجميع
الثمن على البائع **مسألة** قال ولا يجوز للرجل أن يشتري سيفا عليه
حلية بدراهم إلا أن يفصل بين السيف وبين ما عليه من الفضة فيشتري الفضة
بوزنها من الفضة والسيف بقيمته إلى آخر المسألة **اعلم** أن المراد بقوله والسيف
بقيمته السيف بثمنه لأن الشيء يجوز أن يشترى بدون قيمته وفوق قيمته يدا بيد
إذا تراضى به المتبايعان وهذه المسألة مبنية على أحد وجهين إما أن تكون الدراهم
الذي يشترى بها مثل الفضة التي على السيف أو المصحف أو دونها أو لا يعلم أن
الدراهم أكثر من تلك الفضة ومتى كان كذلك لم يجز البيع بالإجماع لأن الفضة
تكون بمثلها من الدراهم والباقي من الفضة إن كانت زائدة مع السيف تبقى ولا عوض في مقابلها
وكذلك إذا لم يعلم الحال في ذلك فأما إن علم أن الدراهم التي يشترى بها أكثر من الفضة فيجب
أن يصح البيع على مذهبه على أن تكون الفضة بمثلها من الدراهم والباقي من الدراهم ثمنا للسيف
كما نص عليه في مسألة شراء اللبن المخيض بالزبد في أن الشراء جائز إذا كان
الزبد المشترى به أكثر من الزبد الذي في اللبن بمثله والفاضل من الزبد
يكون ثمنا للبن وهذا قد مضى الكلام فيه مستوفا فلا غرض في إعادته
والكلام في مسألة السيف المحلى كالكلام في تلك المسألة **قال** فإن اشترى
المحلى بالفضة بالدنانير أو المحلى بالذهب بالدراهم صح ذلك ولم يكن يجب أن يكون
ذلك يدا بيد لأن الذهب والفضة يجوز بعضه ببعض متفاضلا يدا بيد لا خلاف
فيه **مسألة** قال وإذا اشترى رجل من رجل دراهم لم يجز أن يستوفيها
عددا إلا أن يكون ابتاعها عددا فإن كان ابتاعها وزنا لم يجز إلا أن يستوفيها وزنا
وذلك أن الموزون لا يصح قبضه إلا بالوزن إذا اشترى وزنا كالمكيل
إذا اشترى كيلا فإن اشترى جزافا أو عددا فلا بأس باستيفائه كما ابتاع وذلك
لقوله صلى الله عليه وآله من اشترى طعاما كيلا فلا يبعه حتى يجري
فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري هذا إذا كانت الدراهم مشتراة بغير
الدراهم فإن كانت اشتريت بالدراهم فلا يجوز أن يشترى إلا وزنا بوزن مثلا بمثل
ولا بد من أن يجري فيه الوزن لأنه لا يجوز بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة

الوزن او بوزن ولا يجوز جزافا **مسألة** وإذا استقرض رجل دراهم
فرد عليه اكثر من ذلك جاز ذلك لهما الا ان يكونا اشترطا الزيادة فإن كانا
اشترطاها حرمت وذلك ان الزيادة احسان من المعطي وليس يكون ربا ولهذا
قال النبي صلى الله عليه وآله للوزان زن وارجح لان الرجحان كان احسانا واما
ان اشترط ذلك فهو ربا لا خلاف فيه ويجب ان يكون محرما لقول الله تعالى
عز وجل وحرم الربا ولقوله صلى الله عليه وآله الذهب بالذهب مثلا بمثل
يدا بيد والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد او ازداد فقد اربى
فان قيل فهلا قلتم انه اذا زاد من غير اشتراط الزيادة يكون قد اربى لانه يكون
قد اربى بعقد الربا ولا ما يقوم مقامه كان بينهما في ذلك اشارة تقوم مقام
القول **مسألة** قال ولو ان رجلا باع من رجل سبيكة من ذهب فيها ستة
مثاقيل بخمسة دنانير كان البيع فاسدا فإن كان الذي اخذ الدنانير تصدق
بها او ابتاع بها شيئا لم يلزم استرجاعها باعيانها فاما ان يرد على البائع خمسة مثلها
ويسترجع سبيكته او يأخذ منه دنانير اخر **اما** فساد هذا البيع فلا خلاف
فيه لقول رسول الله صلى الله عليه وآله الذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد
والفضل ربا فلا خلاف في ان ذلك ربا فوجب فساد ذلك العقد فاما قوله
لا يجب استرجاع الدنانير الخمسة فعلى اصله في اول كتاب البيوع فلا غرض
في اعادته واذا وقع التمليك جاز تصرفه فيه وعليه رد مثله ان اراد نقض
الصرف فان اراد ان يبتديا ائتنافا تقابضا تاما واخذ صاحب السبيكة دينارا
آخر ليكون باع السبيكة بمثلها فيصح الصرف **مسألة** قال القاسم عليه السلام
لا يجوز انفاق الزائف الا اذا كان الآخذ له يعلم ذلك ووجهه ان ذلك
خيانة وغش وروي عن النبي صلى الله عليه وآله قال من غشنا فليس
منا واجاز اذا علم الآخذ لانه يجري مجرى شراء المعيب اذا علم المشتري بالعيب
ورضي به وهذا مما لا خلاف فيه فكذلك حال الزائف اذا علم الآخذ ورضي
به **فصل وكان الاولى ان نذكره في اول الباب**
اختلف العلماء في بيع الدينارين الصحيحين بدينار صحيح ودينار مكسور وفي
بيع دينارين نيسابوريين بدينار عتيق ودينار طري فاجاز ذلك ابو حنيفة

ولم يجزه الشافعي ولا نص فيه ليحيى عليه السلام الا ان تقويته تسوية
بين الصحيح والمكسور والردي فيهما رواه عن جده القاسم واطلاقهما القول
في ذلك يدل على صحة ما ذكرناه كما ذهب اليه ابو حنيفة والدليل على
ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله الذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والالف
واللام دخلا للجنس فاجاز النبي صلى الله عليه وآله بيع الذهب بالذهب
مثلا بمثل وزنا بوزن على اي حال كانا فاقتضى العموم جواز ما وقع الخلاف
فيه اذا تساويا في الوزن وايضا لا يخلوا ان يكون الاعتبار في جواز بيع الذهب
بالذهب والفضة بالفضة بالمماثلة في الوزن فقط او بالقيمة على الانفراد او مع
الوزن ولا خلاف انه لا معتبر بالقيمة على وجه من الوجوه للاجماع على جواز
بيع دينار قيمته عشرون درهما بدينار قيمته عشرة دراهم فلم يبق
الا ان يكون الاعتبار بالوزن وعليه دل لفظ النبي صلى الله عليه وآله فاذا تماثلا
في الوزن صح الصرف وبطل ما ذهب اليه الشافعي ولا خلاف في جواز بيع
دينارين صحيحين بدينارين مكسورين وكذلك في جواز بيع دينارين
عتيقين بدينارين طريين فوجب ان يصح وان كان احد الدينارين صحيحا والآخر
مكسورا وكذلك لو كان احدهما طريا والآخر نيسابوريا والعلة تماثلهما
في الوزن والنص منبه على هذه العلة فوجب صحتهما وكذلك الاعتبار
الذي قدمناه **فان قيل** هذا لا يصح لان احد الدينارين اما الصحيح
واما المكسور او الطري او النيسابوري لو استحق لوجب ان تقسم الدينارين
عليهما بحسب قيمتهما واذا فعلنا ذلك صار ما يقابل الدينارين اقل من وزنه او
اكثر فيجب ان يدل ذلك على فساد هذا الصرف الا ترى ان النبي صلى
الله عليه وآله منع من بيع الرطب بالتمر حين علم ان الرطب يجف فيعود
في المآل الى بيع التمر بالتمر متفاضلا وكذلك مسألتنا **قيل** له اما
التقسيط الذي ذكرتم فانه غير مسلم في هذا الموضع لان الذهب والفضة اذا
لاقى كل واحد منهما صاحبه جنسه فقيمته مثله في الوزن ولا قيمة للصيغة
والجودة وكذلك لا يجوز ان يشتري دينارا مضروبا بدينار ودانق ولا دينار
جيد بدينار ودانق ردي فاذا ثبت ما قلناه وجب ما حكيناه شرعا

فان اخذ الدينارين لو استحق لم يجب ان يكون بقيمته من الثمن بل بمثله في الوزن
فيسقط جميع ما عقدوا عليه في هذا الباب على ان ما ذكروه لا من تشبيههم له ببيع
التمر بالرطب لا معنى له لان الرطب فيه اجزاء من الرطوبة التي ليست اجزاء التمر
الجاف ولهذا ابطل البيع فيه فاشبه الحنطة المبلولة بالحنطة المقلوة وايضا من
المعلوم ان الرطب لا محالة يجف اذا بقي وتتناقص اجزاؤه واحد الدينارين ربما لم يتحقق
فلا يشبه هذا ما ذكرتم على ان اصحاب الشافعي قد قالوا في غير موضع ان ما يطرا
على العقد يجب ان لا يكون سبيله سبيل ما ينطوي عليه العقد ذكروا ذلك في خيار الرد
بالعيب وفي تبديله الردي في الصرف وفي نص قولهم ان راس المال المسلم يجوز ان يكون
جزافا حتى ان سالوا انفسهم لو بطل السلم والله اعلم واحكم بالصواب وبالله التوفيق في الختام

باب القول في السلم



لا يصح السلم الا بامور خمسة وهو ان يسلم كذا وكذا من نقد او عرض او غير ذلك في كذا
وهو الذي يسلم فيه ثم يذكر صفته ومقداره ويذكر الوقت الذي يذكر المسلم فيه والمكان
الذي يقبضه فيه قوله لا بد من امور خمسة انما يريد في المسلم فيه دون راس المال
الذي يعجله وانما قال في شروطه خمسة لانه جعل النوع والصفة شيئا واحدا اقتصر
عنهما بالصفة وفي الحقيقة لا بد من ذكر جنس ما يسلم فيه كان يقول التمر وذكر نوعه بان
يقول الازاذ او البرني او الصيحاني ويذكر صفته في الجودة والرداءة وذكر مقداره والمكان
الذي يسلم فيه والوقت الذي يحل السلم فيه فيكون ذلك ستة وربما يحتاج الى ان
يجعل ذكر المقدار امرين بان يقول بالصاع الفلاني او الوزن الفلاني وما جرى مجراه وذكر زيد
بن علي عليه السلام انه لا بد من ان يذكر فيه ثلاثة اشيا الاجل والمكان وصفة
ما يسلم فيه وعبر عن الجنس والنوع والصفة والمقدار بالصفة وجملة ما ذكرناه في المسلم
الخلاف فيها في اربعة مواضع فاول ذلك راس مال السلم قال ابو حنيفة لا يجوز ذلك ان يكون
جزافا لم يجوز في سائر البياعات ان كان موزونا فلا بد ان يعرف وزنه وكذلك ان كان
مكيلا او معدودا فلا بد من ان يعرف كيله او عدده وهو احد قولي الشافعي قال ابو يوسف
ومحمد يجوز ان يكون ذلك جزافا كما يجوز في سائر الاثمان وهو القول الاخر للشافعي وظاهر
ما ذكره يحيى في الاحكام والمنتخب يوجب ان يكون ذلك قوله لانه لم يذكره في شي
من المسائل انه يجب ان يكون مضبوطا بوزن او كيل او عدد وهذا هو الظاهر من قول

زيد بن علي عليهما السلام لأنه لم يوجب فيه الوزن ولا الكيل ولا العدد والثاني
اشتراط المكان لما له حمل ومؤنة والثالث اشتراطه لما لا حمل له ولا مؤنة والرابع
اشتراط الأجل والأصل في ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال
من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم فقصد صلى الله
عليه وآله ضبط أوصاف المسلم فيه دون رأس المال فأطلق القول فيه فوجب أن
يجوز ذلك حتى بالكيل أو الوزن أو العدد أو لم يخص وإنما هو مال يتعجل قبضه
عند العقد فوجب أن يصح كونه جزافاً يمنع من استقراره في الذمة بالعقد وصحة
المطالبة به فلا يصح أن ينبنيا ولا العقد **فإن قيل** الجزاف قد ثبت
في الذمة وذلك أن يشتري الرجل سلعة بثمن جزافاً ثم تستحق أو تتلف
بعد قبض الثمن واستهلاكه فيستحق البائع على المشتري الثمن الذي قبضه جزافاً
ويثبت في ذمته **قيل** له نحن منعنا ثبوته في الذمة بالعقد دون ما سواه
وعليه صدر كلامنا فلا يلزم ما سألت عنه ألا ترى أن الغاصب يغصب مالاً
جزافاً ويستهلكه فيثبت في ذمته **فإن قيل** كما لم يجز أن يكون المسلم فيه
جزافاً فوجب أن يكون عوضه وهو الثمن المعجل لا يكون جزافاً **قيل** له
العوض إذا لم يشارك المعوض فيما له امتنع من كونه جزافاً جاز أن يكون جزافاً
ألا ترى أن رجلاً لو اشترى براً جزافاً بثمن مؤجل لم يجز أن يكون الثمن جزافاً وإن
كان عوض المبيع جزافاً كما لم يشارك الثمن المبيع فيما له جاز كونه جزافاً وهو
أنه مما يتعجل قبضه ولا يثبت في الذمة بالعقد وأيضاً لا خلاف أن الثمن في
الثمن يجب تعجيله وأن المسلم فيه يجوز أن يجب تأجيله فإذا جاز أن يختلفا
في هذا لم يمتنع أن يختلفا فيما ذكرنا على أنه منتقض برأس مال السلم إذا كان عرضاً
كالثوب ونحوه لأنه لا يجب عند أبي حنيفة أن يكون مضبوطاً بالصفة كما يجب
ذلك في المسلم فيه **فإن قيل** ما يجوز أن يطرأ على السلم ما يجوز أن يؤدي
إليه مما يوجب جهالة في المعقود عليه مراعى في حال العقد ومقتضى فساده بدلالة
ما أجمعوا عليه من أنه لو أسلم في ملء إناء معين مجهول القدر كان السلم فاسداً
والعلة فيه جواز أن ينكسر الإناء فيصير السلم مجهولاً فكذلك الثمن المعجل
إذا كان جزافاً يجب أن يفسد عقد السلم لجواز أن يعرض ما يوجب فسخ السلم فيصير

الثمن مجهولاً **قيل** له أن الذي ذكرتم يجب في المسلم فيه دون
الثمن لأنه هو الذي يجب تأجيله وثبوته في الذمة بعقد البيع وقد قلنا أن
ما كان كذلك فلا يجوز كونه جزافاً وهذا غير حاصل في الثمن المعجل
يكشف ذلك أن النبي صلى الله عليه وآله شدد أمر المسلم فيه فقال
فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم ولم يأمر بذلك في الثمن
المعجل **فإن** راموا تقوية كلامهم بأن قالوا قد ثبت أنه يجوز أن يباع عبد بإناء
مجهول القدر من البر فكذلك على سكرجة مجهولة القدر من الدراهم وكذلك يجوز
أن يشتري ملء إناء مجهول القدر بالموزون من الدراهم فاستوى في جواز ذلك
الثمن والمبيع فبان أن فساد عقد السلم إذا كان المسلم ملء إناء مجهول القدر إنما كان لأنه
عقد السلم فوجب أن يستوي فيه الثمن والمسلم فيه **قيل** ليس الأمر على
ما ذكرتم وذلك أن الثمن لو كان مؤجلاً في بيع العين لم يجز أن يكون ملء إناء
مجهول إنما يجوز ذلك إذا كان الجميع من الثمن والمبيع معجلين فبان أن العلة هي ما
ذكرنا لأمر أن ما يثبت في الذمة بعقد البيع لا يجوز أن يكون جزافاً **فإن**
قيل فإنا نجوز ذلك في ثمن المبيع المعين وإن كان مؤجلاً وأبطلوا ذلك
قيل له لم يصح لأنا إذا لم نسلم لهم ذلك لم يتم كلامهم بارتكابهم ما ارتكبوا
فوضح بذلك سقوط كلامهم على أن رأس المال إذا كان عرضاً يعترض هذا أيضاً
وأما اشتراط المكان الذي يستوفى فيه السلم فقد اختلف فيه على ثلاثة أوجه
قال أبو حنيفة يجب اشتراطه إذا كان السلم مما له حمل ومؤنة فإن لم
يكن له حمل ومؤنة لم يجب اشتراطه وقال أبو يوسف ومحمد لا يجب اشتراط
المكان سوى كان السلم له حمل ومؤنة أو لم يكن ويجب أن يستوفى حيث يعقد السلم
والأظهر عن زفر والثوري والشافعي أنه لا بد من اشتراط المكان على الوجهين
جميعاً وعلى هذا أمذهب يحيى وهو الظاهر من قول زيد بن علي عليهما السلام
لأنهما قالا لا بد من اشتراط المكان ولم يفصلا بين ما له حمل ومؤنة وبين ما
ليس له ذلك والأصل فيه أنه لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة
وأصحابه أن الأجل يجب تعيينه واشتراطه فكذلك المكان والعلة أن كل واحد
منهما يوجب جهالة فساد السلم لأنه لو قال أوفيك متى شئت واشترط ذلك فسد السلم

ظننتم



وكذلك ان قال اوفيك حيث شئت واشترط ذلك بطل السلم وكذلك ان لم يتعين المكان يجب أن يفسد كما يفسد اذا لم يتعين الزمان ويمكن أن نرد ذلك الى الكيل والوزن في انه لا بد فيهما من الحصر بعلة انه مسلم فيه فأما ما ليس له حمل ومؤنة فانه يرد الى ما له حمل ومؤنة مع ابي حنيفة بعلة أن قيمته تختلف بحسب اختلاف الاماكن فوجب أن يشترط له المكان كما يشترط لما له حمل ومؤنة بهذه العلة ونرد ايضا الى الاجل مع ابي يوسف ومحمد على ان قوله صلى الله عليه وآله فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم اقتضى وجوب نفي الجهالة عن المقدار كما أن قوله الى اجل معلوم اقتضى نفي الجهالة عن القبض وجهالة المكان الذي يقبض فيه يقتضي جهالة في القبض واما الاجل فالخلاف فيه بيننا وبين الشافعي لان ابا حنيفة واصحابه اوجبوا اشتراطه وهو قول زيد بن علي عليهما السلام ويدل على ذلك ان النبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع ما ليس عند الانسان فاقتضى ظاهر الخبر بطلان السلم ثم قال صلى الله عليه وآله من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فاشتمل النهي عليه ووجب فساده لان التخصيص وقع في سلم له صفة وهي اشتراط الاجل فأما تعلقهم بالظواهر نحو قوله عز وجل واحل الله البيع وحرم الربا وقوله الا أن تكون تجارة عن تراض فهو مدفوع بما روي من قوله صلى الله عليه وآله انه نهى عن بيع الانسان ما ليس عنده وسائر ما نذكره من بعد **فان قيل** ليس يخلو قوله من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم من أن يكون ذلك كله مجموعه شرط الصحة في السلم لان المكيل لا يجب أن يكال بالاجماع والاجماع على صحة السلم فيما لا يكال ولا يوزن كالمذروع والمعدود لا يجوز أن يكون كل واحد منه على الانفراد شرطا في صحة السلم لانه يجب أن يكون المكيل والموزون يصح فيهما السلم بمجرد ان يشرط فيهما الاجل ولا يصح ذلك في الاجماع ولان الكيل والوزن لا يصح السلم عندهم اذا تجرد عن الاجل فلم يبق الا انه جعل بعض اوصاف السلم **قيل** له هذا الكلام الطويل يسقط بايسر كلام وهو أن نقول ان المسلم في مكيل معلوم في الكيل

ووزن معلوم في الموزون واجل معلوم في كل السلم الا ان الاجل يختص
بنوع دون نوع فوجب ان يعم جميع المسلم فيه والكيل والوزن يختصان
ببعض الاشياء فقصرناهما على ما اختصا به **فان قيل** كما جاز العدول
عن المنصوص عليه في المكيل والموزون الى المذروع والمعدود جاز العدول
عن المنصوص عليه من المؤجل الى الحال **قيل** ليس الامر على ما ذكرتم لان النص
هو الذي ذكر المكيل لم يتناول الا المكيل بل لا يصح غير ذلك والنص الذي ذكر
الموزون هو الموزون لم يتناول الا الموزون فالحقنا بهما غيرهما بالدلالة وليس كذلك
الاجل لان الاجل لا يختص بنوع دون نوع فوجب ان يعتبر **فان قيل**
الحال من السلم ابعد من الغرر فيجب ان يكون اجوز **قيل له** هذا الاعتبار
ولم تعتبروه في الكتابة لانكم تبطلون

الكتابة الحالة على ان قول النبي صلى الله عليه وآله
فان قيل روي ان النبي صلى الله عليه وآله اشترى جملا بتمر موصوف
في الذمة بقرب المدينة ثم ساقه الى المدينة ووفى التمر بها وهذا يدل
على السلم الحال **قيل** له التمر مما يجوز ثبوته في الذمة وهو فيما
ذكرتم كان ثمنا تجري مجرى النقود ولم يجر مجرى السلم فلا يصح التعلق به و
وذلك ان المكيل والموزون متى لاقى العروض وصحبته كان ثمنا كالدراهم
والدنانير ولم يكن مبيعا واثبتنا الاخلاف ان المقدار يجب ان يكون مشروطا
لصحة السلم وكذلك الاجل والعلة ان كل واحد منهما امر ورد الشرع
باشتراطه في السلم ويمكن ان يقاس على المقدار وعلى المكان بعلة ان جهالته توجب
فساد السلم فوجب ان لا يصح فيه الا احد امرين التعجيل والاجل قياسا
على راس المال ولا يصح فيه العكس بان يقولوا فوجب الا يكون من شرطه الاجل
لانه منتقض بالسلم في المعدوم ويمكن ان يجعل السلم في المعدوم اصلا للمسالة
ويقاس عليه غيره بعلة انه مسلم فيه وان كان لا يصح ذلك لابي حنيفة
وان كان لانه لا يرى السلم في المعدوم وغيره وكل عللهم تنتقض بالسلم
في المعدوم ويؤكد ذلك ان يقال الحكم ان السلم يختلف بتعجيل راس المال وتاجيل
المسلم فيه وذلك ان السلم والسلف في المعنى واحد فلو جاز في الحال ان يسلم

في الحال بطل معنى السلم أن يكون رأس المال والسلم معجلين فلم يصح أن يقال
فيه إنه سلم وقد قال صلى الله عليه وآله من أسلم فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم فعبّر عنه بالسلم ومفهومه يوجب خروجه من أن يكون
سلماً قال وإن أسلم المسلم إلى المسلم إليه على هذه الشروط صح السلم إن كان
السلم مما يصح فيه السلم أما إذا أسلم على الشروط التي ذكرناها فلا خلاف
في صحة السلم وإنما الخلاف إذا سقط شرط من جملة هذه الشروط وقد تكلمنا
في جميعها ما أغنى وكفى وإنما اشترطنا أن يكون السلم فيما يصح فيه السلم لأنه
لا خلاف أن من أسلم فيما لا يصح فيه السلم لم يصح السلم وإن حصلت الشروط
والكلام فيما يصح فيه السلم أو لا يصح فيه السلم يجيء في المسائل التي ذكرناها ثم
ندبرها بعد **مسألة** قال ولا يجوز لهما أن يفترقا إلا بعد قبض المسلم
إليه السلم من المسلم فإن تفرقا قبل ذلك بطل السلم وكذلك إن تركا شرطاً
واحداً من هذه الشروط الخمسة كان السلم باطلاً إلا أن يذكراه قبل افتراقهما
أما تعلق صحة السلم بقبض رأس المال في المجلس فهو مما لا خلاف فيه بين
العلماء ونص عليه زيد بن علي عليهما السلام إلا ما يحكى عن مالك أنه أجاز
ذلك يوماً أو يومين ولم يجزه في مدة طويلة وإذا ثبت أن المسلم فيه يجب أن
يكون مؤجلاً فلو أجزنا أن يكون رأس المال غير مقبوض كان من الكالي بالكالي
وقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وآله ولأن اسم السلم والسلف
يقتضي تعجيل رأس المال وتأجيل المسلم فيه على ما مضى بيانه ولأن ظاهر
قوله صلى الله عليه وآله من أسلم فليسلم يتضمن تعجيل رأس المال وأيضاً
لا يجوز فيه اشتراط الخيار فوجب أن يجب تعجيله كالصرف ويمكن أن يقاس
مع ذلك يومين أو نحوهما بالمدة الطويلة بعلة أنه رأس مال السلم على أنه
ما جاز تأخيره مدة يسيرة لجاز مدة طويلة وأما قولنا إنه إن ترك شرطاً
من هذه الشروط التي ذكرناها كان السلم باطلاً فقد مضى الكلام فيه
وقلنا إلا أن يذكر ذلك قبل افتراقهما لأن ذكر الشروط ليس بأوكد من قبض
رأس المال لأن الجميع شرط في صحة السلم فلا بد أن يقع التقابض قبل التفرق
فيجب أن لا يخل بذكر الشروط قبل التفرق ولأن العقد لم يتم بعد سقوطه

بعض الشروط ولم يفسد لأن التفرق لم يحصل فوجب ان يكون موقوفا
والموقوف يجوز ان يرد عليه ما يصححه كما يجوز ان يرد عليه ما يفسده الا على
ان العقد لو كان ابرم فكان يجوز أن يلحق به غير ما ذكر على اصلنا في ان العقد
يجوز أن يزاد فيه و يحط منه عنه **مسئلة** قال وإذا أسلم الرجل
سلما فاسدا لم يكن له عند المسلم اليه الا راس ماله وان اراد تجديد السلم
فليقبض المسلم من المسلم اليه راس ماله ثم ليدفعه اليه ثانيا و يبتدئ العقد
على الصحة اما اذا اسلما سلما فاسدا فان راس المال يكون للمسلم لأنه لا يستحق
بدله على المسلم اليه فلا يجوز أن يكون المسلم اليه يستحق بدله وهو راس المال
واذا لم يستحقه وجب أن يكون للمسلم على ان مذهب يحيى بن الحسين عليه السلام
لا يبعد ان يقال ان المسلم اليه يكون قد ملكه لأن من مذهبه ان التسليم اذا وقع
مع الفساد يملكه المتسلم واذا ملكه صار ضامنا فيكون دينا عليه فلا يجوز أن
يجعله في السلم ثانيا حتى يقبضه لأنه يكون من الكالي بالكالي **مسئلة**
ولو ان رجلا كان له على رجل دين او عنده وديعة لم يجز له ان يجعله سلما
حتى يقبضه منه ثم يدفعه اليه سلما اما الدين فقد قلنا فيه ما كفى وهو مما
لا خلاف فيه واما الوديعة فالذي احفظه عن العلماء انهم اجازوا فيها أن تكون
سلما لأنها اذا كانت في يد المودع كانت مقبوضة حاصلة في يده والأقرب
عندي ان مراد يحيى عليه السلام في ذلك اذا لم يعلم يقينا بقاء الوديعة في يده
بعينها ويجوز ان يكون قد جرى فيها الاستهلاك وانها قد صارت دينا على المودع
فيكون الوجه في ذلك ما ذكرناه في الدين او يقال انها في يد المودع بمنزلة
كونها في يد المالك لأن يد المودع يد المالك فلا يجوز ان يجعلها سلما لأن
الارتباض لا يكون حصل حكما الا ان يأذن له في قبضها من نفسه
فيقبضه بان ينقله من موضع الى موضع لنفسه لان من مذهبه انه يصح
من الانسان ان يقبض الشيء من نفسه لغيره نص عليه في المنتخب في
مسئلة شراء   واذا جاز ذلك جاز ان يقبضه من نفسه   كذا
لنفسه فعلى هذا لا يصح ان يجعل سلما ما دامت على صفة الوديعة حتى
يحصل النقل في المجلس قبل ان يتفرقا على ما قلناه من انه لا بد من تعجيل



رأس مال السلم قبل التفرق **مسئلة** ولو كانت عليه عشرة دنانير
دينا او عنده وديعة فدفع اليه عشرة اخرى على ان تكون العشرون
سلما صح نصف سلمه وبطل نصفه ووجهه ما بيناه فيما مضى فيمن باع ملكه
وملك غيره ان البيع يصح في ملكه لان الفساد لم يعترض فيه حين وقع لصحة
تمليك ووقوفه فيما لم يملك فكذلك في هذه المسئلة لان السلم صح فيما
قبضه المسلم اليه ووقف فيما لم يقبضه الى حين التفرق فلم يقع العقد منطويا على
الفساد الا ترى انه لو استوفاه دينه او وديعته في المجلس واقبضه قبل التفرق
لصح السلم وانما يفسد لو لم يجر فيه القبض حتى يقع التفرق وعلى هذا نقول
لو باع دينارا بعشرة دراهم فقبض خمسة منها ولم يقبض الخمسة حتى يفترقا
ان الصرف يصح في نصف دينار المقبوض بدله ويفسد في نصفه
مسئلة واذا اسلم الرجل سلما فاسدا فاراد اخذ ما دفع الى المسلم
اليه اخذه ان وجده بعينه وان كان قد استهلك وجب عليه مثله ان كان مما
اعطاه عرضا او حيوانا اخذ منه قيمته يوم استهلكه وهذه الجملة لا
خلاف فيها لان السلم اذا فسد كان المسلم اولى بما دفع ان كان قائما بعينه
لان العقد قد بطل ولم يكن هناك الا القبض فوجب ان يكون حكم المقبوض
حكم الوديعة والغصب ان صاحبه يكون اولى به بعينه اذا كانت عينه باقية
وان كان قد استهلك وكان من ذوات الامثال كان عليه مثله لا خلاف
في ان ذلك حكم ذوات الامثال وذوات القيم لان ذلك اقرب الى ان يكون ذو الحق قد استوفى حقه ويكون ابعد من التفاوت ومعنى قوله يوم استهلكه اذا كان
الاستهلاك يوم القبض لانه حين يقبضه يصير مضمونا عليه على ما نقوله
في المغصوب **مسئلة** قال وان عجز المسلم اليه عن ايفاء السلم كان المسلم
بالخيار ان شاء انظره الى وقت مقدرته وان شاء استرجع منه ما اعطاه
ان كان قائما بعينه او مستهلكا على ما بيناه في المسئلة الاولى ولم يجز له ان
يأخذ قيمة ما اسلم فيه وذلك ان المطالبة قد صحت بحلول الاجل والعقد
صحيح كما كان فاشبه بيع العين اذا تعذر على البائع تسليم المبيع في
ان المشتري بالخيار بين ان يصبر الى وقت ان يمكن فيه التسليم وبين ان يفسخ

كذا

البيع وبه قال أبو حنيفة وأصحابه إذا كان سبب التعذر انقطاعه من أيدي
الناس ولست أحفظ قولهم إذا تعذر لإفلاس المسلم إليه ويمكن أن يقاس عليه
تعذر الإفلاس وعلى تعذر تسليم المبيع وليس لهم أن يقيسوا تعذر التسليم
للإفلاس على تعذر الثمن لأن حكم الثمن في هذا الباب خلاف حكم المبيع لصحة التصرف
في الثمن قبل القبض وإن كان لا يصح ذلك في المبيع فلا يصح في المبيع أمر من الأمور
قبل التسليم كما يصح في الثمن وقلنا إنه ليس له أن يأخذ قيمة ما أسلم فيه
لأنه يكون تصرفاً في المسلم فيه قبل القبض ولا خلاف أن ذلك لا يجوز
كما لا يجوز في الصرف وإن كانت العلة في الصرف أنه يؤدي إلى إبطال القبض
المستحق في المجلس والعلة في المسلم فيه أنه بيع قبل القبض كما لا يجوز التصرف
في المبيع قبل القبض وكذلك المسلم فيه لأنهما جميعاً مبيعان وروى زيد بن
علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام قال من أسلم (سلف) في طعام إلى أجل
فلم يجد عند صاحبه ذلك الطعام فقال خذ مني غيره بسعر يومه لم يكن له
أن يأخذ إلا الطعام الذي أسلم فيه أو رأس ماله وليس له أن يأخذ نوعاً من
الطعام غير ذلك النوع وهذا يحقق أن التصرف فيه قبل القبض غير جائز
ولا يحفظ عن غيره من الصحابة خلافه فيجري مجرى الإجماع منهم قال فإن عجز
عن بعضه أخذ بعضه وكان القول في المعجوز عنه كالقول فيما مضى أما ما لم
يعجز عنه فإنه يقبضه لأنه مستحق عليه وأما المعجوز عنه فوجهه قد مضى
يكشف ذلك أن من اشترى عبدين أحدهما أبق وجب تسليم الباقي وفسخ المبيع
الغائب وروى زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام أنه
قال لا بأس أن تأخذ بعض رأس مالك وبعض سلمك ولا تأخذ شيئاً من (غير) سلمك

مسألة قال ويجوز الإقالة في السلم وفي بعضه الإقالة عندنا
بيع في سائر الأشياء وإن قلنا في السلم إنه فسخ على ما قلنا فيما مضى من
البيوع وإذا كانت الإقالة فسخاً وبينا أن الفسخ يصح في السلم وفي بعضه فكذلك
الإقالة وذلك فيه خلاف وبه قال أبو ح وأصحابه و ش وحكي عن مالك أنه
يجوز في الجميع ولا يجوز في البعض **مسألة** قال ولا يجوز أن يسلم في
حيوان ولا في شيء مما يتفاوت تفاوتاً فاحشاً وكذلك لا يجوز السلم في الجواهر



والفصوص جميعاً أما الفصوص والجواهر فلا أحفظ خلافاً في أن السلم لا يجوز
فيهما ووجه التحريم أن يحيى عليه السلام قال عند المنع من السلم في حيوان على طريق
التعليل أنه يتفاوت تفاوتاً عظيماً فدل على أن ما يتفاوت تفاوتاً لا يجوز فيه
السلم عنده ومن المعلوم أن الجواهر والفصوص تتفاوت تفاوتاً عظيماً فأما
الحيوان ففي قول أبي حنيفة وأصحابه لا يجوز السلم فيه مثل قولنا وهو قول
زيد بن علي عليهما السلام وقال الشافعي السلم فيه جائز والأصل فيه ما روي
عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن بيع الحيوان بعضه ببعض نسيئة
وروي أنه صلى الله عليه وآله قال لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الصاع
بالصاعين فقام إليه رجل فقال يا رسول الله أنبيع الفرس بالأفراس والنجيبة
بالإبل فقال لا بأس إذا كان يداً بيد وليس لأصحاب الشافعي أن يحملوه على أنه
يمنع النسا للجنسية لأنه لا يوجب المنع من النسا لأجل وصفي علة الربا ويدل
على ذلك ما روي عن ابن عمر أنه قال إن من الربا أبواباً لا تخفى منها السلم في السن
ولم يرو خلافه عن غيره من الصحابة فجرى مجرى الإجماع وتسميته إياه بالربا
لا يخلو من أن تكون لغة أو شرعاً فإن كان لغة تناوله قوله تعالى وحرم الربا
وإن كان شرعاً فالشرع طريقه التوقيف فهو في حكم من أسنده وروي عن النبي
صلى الله عليه وآله من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل
معلوم فاقتضى ظاهره منع السلم فيما لا يتأتى فيه الكيل والوزن والحيوان
داخل فيه وأيضاً الجواهر لا يجوز فيها السلم لما يحصل فيها من التفاوت
العظيم نص أصحاب الشافعي على اللؤلؤ والزمرد والياقوت فكذلك الحيوان
لهذه العلة وذلك أنه معلوم في الحيوان وإن اتفق الجنس والنوع والسن
فإن التفاوت يعظم بينها وهو الذي اعتمده يحيى عليه السلام وليس يلزم
الثياب والبسط على ذلك لأنها تنضبط بالصفة والذرع حتى يصير التفاوت
يسيراً ولا كذلك الحيوان لأنه يكون متعذراً لا سبيل إليه فهو باللآلي
واليواقيت أشبه **فإن قيل** ضبطه بالصفة ممكن بدلالة ما روي
عن النبي صلى الله عليه وآله لا تصف المرأة المرأة لزوجها حتى كأنه ينظر
إليها **قيل له** لا يمتنع أن ينضبط بالصفة بعض الضبط ولسنا ننكر ذلك

الا ترى ان الياقوت واللؤلؤ يمكن ضبطها بالصفة ولكن لا يمكن ضبط شيء من ذلك بحيث يزول التفاوت وهذا معلوم ضرورة فقوله صلى الله عليه وآله نهى عن ان تصفها بغاية اوصافه ما يمكنها وليس فيه دليل على انها اذا بلغت الغاية زال التفاوت **فان قيل** غاية اوصافه ان يضبط بالصفة **قيل** له الاوصاف المقصودة منه لا يمكن ضبطها الا ترى ان الجاريتين يتساويان في الجنس والحسن ومع ذلك يتفاوتان في الثقل والخفة على القلب ودقاق المحاسن والاعمال تتفاوت بهذه المعاني وكذا حكم العبدين لانهما يتفقان فيما ذكرنا ويختلفان في حفظ الاسرار والذكا وصحة التمييز والعقل والقوة

هنا مبيض في الام

فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه استسلف بكرا فجاءت ابل الصدقة فامر ابا رافع ان يعطيه من ابل الصدقة **قيل** له يمكن ان يكون هو صلى الله عليه وآله اخذه على وجه الضمان للقيمة والسوم ثم اعطاه من ابل الصدقة على المراضاة وليس فيه ما يدل على انه اثبت البكر في الذمة وقول الراوي استسلف على وجه التجوز وقد قيل ان القرض على ابل الصدقة جائز لجواز ان يثبت في الصدقة حيوان مجهول فلم يمتنع ان يثبت عليها حيوان مجهول وقد قيل انه منسوخ بما ثبت من النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة بما روي انه من الربا ويحتمل ان يكون ذلك كان قبل تحريم الربا وقيل المنع من الآجال المجهولة اذ في بعض الاخبار اخذ البعير بالبعيرين في ابل الصدقة وذلك اجل مجهول وكل ذلك يدل على انه كان سلفا على التحقيق فهو منسوخ **فان قيل** كيف تجوزون في الدية والنكاح الحيوان ان يكون في الذمة ثابتا فجوزوا ذلك في السلم **قيل** له لان الدية تحتمل من الجهالة ما لا يحتمل السلم وكذلك المهر الا ترى ان الذي يجب في الدية انما هو من الاسنان فقط ولا يجب ضبطه بسائر الاوصاف والنكاح يقع على مهر المثل والسلف لا يجوز على القيمة وقد يجوز النكاح بغير ذكر المهر اصلا فصح الفرق على ان ما روينا من النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اولى مما رووه من انه صلى الله عليه وآله استسلف لوجهين احدهما حظر وهو اولى من الاباحة والثاني احتمال



أن يكون ذلك كان خاصا له صلى الله عليه وآله **قال** ولا بأس أن يسلم جميع
ذلك في غيره وهذا مما لا خلاف فيه لأن التعجيل يزيل حكم التفاوت ألا ترى
أنه يجوز أن يشتري بها الأشياء المعينة إذا عجل قبضها فكذلك حكم السلم
مسألة ولا بأس أن يسلم ذلك الأشياء المختلفة في الشيء الواحد نحو أن يسلم
عرضا مع حيوان أو نقدا مع طعام أو غير ذلك والأصل فيه أن الذي جاز أن
يكون ثمنا معجلا في بيع العين جاز أن يكون ثمنا في السلم على ما بيناه فيكون
ثمن السلم جزافا فكذلك هذه المسألة على أن النقد والطعام يجوز أن يكونا ثمن بيع
العين وإن كانا مؤجلين فأولى أن يصح ما ذهبنا إليه **مسألة** قال ولا بأس
أن يسلم ما يكال فيما يوزن أو ما يوزن فيما يكال ولا يجوز أن يسلم ما يكال فيما يكال
أو ما يوزن فيما يوزن خلا الذهب والفضة فإنهما يسلمان في الموزون وغيره
وما قلناه من أنه يجوز أن يسلم ما يكال فيما يوزن أو ما يوزن فيما يكال المراد به
إذا كانا من جنسين فأما إذا كانا من جنس واحد لم يجز ذلك كأن يسلم خبز الحنطة
في الحنطة أو خبز الأرز في الأرز وما جرى مجراها لأن عندنا أن [illegible] أحد
وصفي علة الربا يمنع النساء ويجيز التفاضل على ما مضى في باب بيع الأجناس
بعضها ببعض ولهذا لا يجيز بيع ثوب بثوب أو ثوبين نساء إذا كانت
من جنس واحد والجنسية أحد وصفي علة الربا وقد استوفينا الكلام فيه
وأوضحنا الخلاف فلا وجه لإعادته وكذلك ما يوزن لا يجوز أن يسلم فيما
يوزن ولا ما يكال فيما يكال لحصول أحد وصفي علة الربا وهو الوزن أو الكيل فأما
الذهب والفضة فقد بينا فيما مضى أنه يخصهما بالاتفاق أو نزيلهما في العلة
على ما لا يشتمل على الذهب والفضة على ما سلف القول فيه **مسألة**
ولا بأس أن يسلم في الفواكه الرطبة واليابسة وما لم يبق منها ومن غيرها إلى حول
أجمع جاز في السلم إذا كان أجله إلى الوقت الذي يوجد ذلك فيه فإن كان غير
ذلك الوقت بطل السلم أما الفواكه اليابسة التي لا تتفاوت أحوالها ويمكن ضبطها
فعند أبي حنيفة السلم فيها جائز وعندنا يجوز السلم في الجميع لأن ضبط الجميع
بالصفة والوزن مما يمكن ويقل معه التفاوت وما جرى هذا المجرى يجب أن
يصح السلم فيه لأن يسير التفاوت لا معتبر به في السلم فأما ما لم يتحين

عقد السلم الى وقت حلوله في شيء من الاوقات فلا يجوز السلم فيه عند
ابي حنيفة وان وجد في بعض تلك الاوقات وعندنا وعند الشافعي ومالك
الاعتبار بوجوده في وقت حلوله لانه هو الوقت الذي يجب فيه تسليمه فاذا
كان مما يوجد في وقت وجوب التسليم فلا معتبر بسائر الاوقات دليله الاوقات
التي هي قبل عقد السلم وبعد حلولها لانه لما لم يجب فيه التسليم لم يكن بوجوده
او عدمه فيه معتبر **فان قيل** لما قال النبي صلى الله عليه وآله
من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وكان معلوما
من مراده صلى الله عليه وآله وسلم انه الكيل المعلوم عند الناس كان ذلك
ما يمنع من السلم في مثل اناء مجهول القدر لجواز استهلاكه قبل استيفاء السلم
فوجب ان يكون ما يجوز انقطاعه قبل حلوله بمنزلة كونه منقطعا كما كان جواز
هلاك الاناء بمنزلة كونه معدوما **قيل** له ليس العلة في المنع
من السلم في مثل اناء مجهول ما ذكرت بل هو جواز تعذر التسليم في الاغلب لان
الاناء قد ينكسر كثيرا واذا انكسر بطل التسليم وليس كذلك السلم فيما هو في الحال
منقطع او يجوز انقطاعه اذا علم انه يوجد في وقت حلوله لانه لا يخشى فيه
تعذر التسليم **فان قيل** روي ان النبي صلى الله عليه وآله اسلم (اسلف) رجلا
يهوديا في تمر مسمى فقال من حائط فلان فقال صلى الله عليه وآله اما من
حائط فلان فلا ولكن تمر مسمى وكيل مسمى واجل مسمى فدل هذا الخبر على نفي جواز
السلم فيما يجوز انقطاعه لان تمر حائط بعينه قد يجوز ان ينقطع **قيل**
له لانه صلى الله عليه وآله منع منه لما جاز ان ينقطع في وقت حلوله فيؤدي
الى تعذر التسليم فان انقطع بعد عقد السلم وكان منقطعا عنده فالتسليم لا يتعذر
اذا وجد وقت حلوله فلا **فان قيل** لو لم يكن
موجودا من حين العقد الى حين الحلول لكان يموت المسلم فيه فيحل السلم
وهو معدوم فيجب ان يفسد اذ لا خلاف في فساد السلم
قيل له عندنا ان المؤجل لا يصير حالا بموت من عليه الحق فلا يلزم
على ان يكون حلوله

هذا السؤال
في وقت

هكذا انتهى في الام

لجواز ان يعرض ذلك الا ترى ان المسلم اليه يجوز ان يكون معدمًا

الا انه لا معتبر

به وقد يجوز ان يتعذر التسليم في وقت الحلول لافلاس المسلم اليه او لغيبته احدهما
منقطعة فلا معتبر به فاذا الاعتبار انما هو بما قلنا لامر انه تفسد اذا اتفق
العقد حلوله في وقت الانقطاع فاما ما روي انه صلى الله عليه وآله دخل
المدينة وهم يسلمون في الثمار قبل محلها فنهى عن ذلك   فذلك محمول على انهم
لم يكونوا يجعلون الاجل في وقت الوجود

كذا

اذا كان معدومًا

في حال العقد لم يصح ذلك لان العلة في بيع الاعيان ان تسليمه يجب في حال العقد
وليس كذلك في السلم وليس ان يعتبر لا على ما يكون معدومًا في حال الحلول
بعلة انه يسلم في معدوم لانه اذا اسلم في موجود يبقى ثم يعدم في حال الحلول
فسد وان لم يكن سلمًا في معدوم وكان سلمًا في موجود فبان ان الاعتبار انما هو
بحال الحلول **مسألة** قال ولا بأس بالسلم في اللحم والشواء اذا كان موصوفًا
بصفة معروفة بينة اما السلم في اللحم فلا يجوز عند ابي حنيفة ويجوز
عند ابي يوسف ومحمد ان سمى مكانًا معلومًا من الحيوان ويجوز ذلك عند الشافعي
واجازه ابو حنيفة في الشحوم والدليل على صحة السلم في اللحم قوله صلى الله
عليه وآله من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم
فلم يخص موزونًا من موزون كما لم يخص مكيلًا من مكيل فوجبت صحته
في جميع الموزونات كما وجبت في جميع المكيلات واللحم موزون فيجب ان يصح فيه
السلم **فان قيل** لا خلاف ان وقوع التفاوت فيما يسلم فيه يبطل السلم
واللحم يتفاوت **قيل** له لا خلاف ان يسير التفاوت معفو عنه في السلم
لولا ذلك لبطل السلم راسًا لان شيئًا منه لا يسلم من يسير التفاوت واللحم
اذا ذكر الحيوان وجنسه ونوعه كان يقال لحم شاة او بقرة او حمل ويذكر العضو
والموضع المعلوم منها او السمين منها ويذكر جلب ناحية ان كان يتفاوت ذلك
ويذكر العضو والسمن والهزال ويذكر العظم الذي فيه او يذكر مخلوعًا من العظم
زال التفاوت في مجرى العادات ولم يبق بعد ذلك من التفاوت الا القدر اليسير

الذي يكون دون تفاوت الثياب والبسط والاكسية التي لاخلاف في جواز السلم فيها فوجب ان يصح السلم فيها والا يبطله التفاوت على انه اذا انضبط بضرب لا يتغابن معها القيمة في اللحم وجب ان يصح السلم قياسا على سائر ما يجوز السلم فيه من المكيل والموزون والثياب على ان ابا حنيفة يجيز السلم في البيض عددا ونحن نعلم ان التفاوت فيه من الصغر والكبر اعظم من التفاوت في اللحم اذا وصف بما ذكرناه **واما** الشواء فالطريقة في تصحيح السلم فيه هي الطريقة التي بيناها في اللحم فلا وجه لاعادتها ههنا والشافعي لا يجيز السلم فيه **فان قيل** انه يختلف ويتفاوت لانه لا يمكن ضبط ما تأخذ النار منه **قيل** له يمكن ذلك حتى يقل التفاوت ويكون اقل من سائر التفاوت المعفو عنه في السلم الا ترى ان الثياب المصبوغة يصح السلم فيها وان كان لا يمكن ان يضبط حتى يعلم تأثير قدر الصبغ فيها على التحقيق اذا وصف بحيث يكون التفاوت فيه يسيرا فكذلك تأثير النار ونظائره كثيرة نحو تأثير الشمس في النضج في الفواكه وتأثير الجزر فيما يجزر والنبع فيما ينبع ولا خلاف ان التفاوت اليسير في جميع ذلك معفو عنه فوجب ان يكون كذلك تأثير النار في الشواء وكذلك تأثير الجفاف في الحبوب يشهد لما قلناه على ان الشافعي يجيز السلم في السمن وان كانت النار تأخذ منه وهو ينقض تعليلهم للشواء **قال** ولا بأس بالسلم في الرؤوس والبيض ولكن يجب ان يكون ذلك بالوزن والوجه في ذلك ما تقدم والذي يجي على قياس قولهم ان يجوز فيها السلم نيا ومشويا اذ قد نص على صحة السلم واما البيض فلا يجوز السلم فيه

لما يقع فيه من التفاوت في الصغر والكبر والثقل والخفة

وفيه ...

فان قيل العادة في الجارية انها تشترى وتباع عددا فدل ذلك على قلة التفاوت فيه **قيل** له الناس يتبايعون ويتسامرون في الاعيان على حد لا يجوز مثله في السلم فلا يكون بيع العين عيارا على بيع السلم ونحن قد علمنا انه يقع التفاوت فيه اذا عد ويقل التفاوت اذا وزن فكان الوزن اولى لان التفاوت الذي يعفى عنه في باب السلم هو التفاوت الذي يتعذر

امكن نقص تفاوت البيض بالوزن ولم يكن ذلك معفوا وجب ضبطه بالوزن قال

١٢١



وكذلك القول في الحطب والقصب والفواكه التي لا تكال ولا توزن وما أشبه
هذه الأشياء لا يسلم فيها إلا وزنا ووجهه أن جميع ذلك يمكن ضبطه بالصفة
والوزن والجفاف والرطوبة فيقل التفاوت فيه ولا بأس بالسلم في اللبن والأدهان
ووجهه ما مضى ويجب أن يوصف اللبن بجنس الحيوان والصفة وبأنه حليب يومه
أو غير ذلك وكذلك الدهن يجب أن يضبط بجنسه وصفته وكلما يتفاوت
حاله بترك ذكره أو تختلف من أجله قيمته أو رغبة الناس فيه من كونه حديثا
أو عتيقا وما جرى مجرى ذلك **قال** ولا بأس بالسلم والثياب والبسط والأكسية
وغيرها مما لا تتفاوت تفاوتا عظيما فلا يصح السلم في شيء منها إلا بعد أن يوصف
بصفة معروفة بينة وهذه الجملة مما لا خلاف فيها ويجب أن يوصف طوله
وعرضه ودقته وغلظه ولونه وكلما يتغير به قيمته وتختلف أغراض الناس
فيه **مسألة** قال ولا يجوز أن يشترط في شيء مما يسلم خير ما يكون
بل يشرط الوسط قوله بل يشرط الوسط يدل على أن مذهبه انه لا يجوز أن
يشترط أردى ما يكون وحكي عن الشافعي أن اشتراط الأجود لا يجوز وإن اشترط
الأردى منه فعلى قولين ووجه ما ذهبنا إليه أن اشتراط الأجود يدخله
في باب الجهالة فكذلك الأردى لأنه ليس للأجود ولا الأردى حد يضبط بل الأظهر
في كل ما يقال فيه انه جيد أن يوجد ما هو أجود منه وكذلك ما يقال فيه
انه ردي فلما كان اشتراط ذلك يؤدي إلى الجهالة وعظم التفاوت وجب أن يكون
مبطلا للسلم كما يبطله سائر ما يعظم تفاوته فأما إذا اشترط الوسط من الجيد
أو الوسط من الردي فقد سلم من الجهالة ومن أن يكون اشترط فيه ما لا يمكن الوقوف
عليه **فإن قيل** يصح في الأردى ثم يقال للمسلم إليه أعطه أردأه
ثم ما أعطاه أجبر المسلم على قبضه **قيل** له لا يمتنع أن يقول المسلم إليه قد
تعذر وجود الأردى بأن يقول في كل ردي يجوز أن يكون أردى منه فيؤدي
إلى تعذر التسليم **مسألة** قال ولا يجوز إن كان المسلم فيه مما تنبت الأرض
أن يشترط فيه ما يخرج من مزرعة بعينها وإن كان لحما أو لبنا ما يكون لإبل بأعيانها
أو بقر أو غنم بأعيانها وإن كانت ثيابا أو ابريسما ما كانت صنعة رجل بعينه أو
ما يكون في محلة بعينها ولا بأس أن يشترط ما يكون في بلد بعينه وكذا القول في سائر

ما جرى هذا المجرى ولا يجوز ان يشترط فيه ما يجوز تعذره على هذا الحد وبه
قال ابو حنيفة والشافعي والاصل فيه الحديث الذي ذكره يحيى عليه السلام
في الاحكام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ان يهوديا قال له يا محمد
ان شئت اسلمت اليك وزنا معلوما في كيل معلوم من تمر معلوم الى اجل
معلوم من حائط معلوم فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله لا يا يهودي
ولكن ان شئت فاسلم وزنا الى اجل معلوم في تمر معلوم وكيل معلوم الا ان
تسمي لك حائطا فصار ذلك حجة فيما ذكرناه في ان السلم لا يصح فيما يجوز انقطاعه
من ايدي الناس عند الحلول وقلنا انه لا باس ان يشترط ما يكون في بلد بعينه لان
البلدان الكبار لم تجر العادة في ان يخلو اهلها دفعة واحدة او ان يجري عليها حاجة
دفعة والشيء اذا اشترط ان يكون من بلد لا يجوز انقطاعه لما ذكرنا فذلك يصح السلم
فيه ولانا لو جوزنا السلم مع شرط ان يكون ذلك من مدينة او حائط معين
كان ذلك غررا وجب له بطلان السلم كما ان السلم الى يوم بعينه لما كان غررا وجب بطلانه

مسئلة قال واذا اسلم الى يوم بعينه فعلى المسلم اليه ان يوفيه حقه
في اول ذلك اليوم ووسطه وآخره وذلك لما ذكره يحيى عليه السلام في حديث
اليهودي الذي اسلم الى رسول الله صلى الله عليه وآله ان اليهودي لما جاءه
عند انتهاء آخر الاجل تقاضاه فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله يا يهودي ان لنا
بقية يومنا هذا فدل ذلك على ان الحق اذا وجب في اليوم كان اليوم كله وقتا له
وان الخيار للمسلم اليه في ان يوفيه في اي وقت من اليوم شاء وكان القياس ان يوفيه
في اول ذلك اليوم لانه وقت المحل لكنه ترك القياس فيه للاثر الذي رواه عن
النبي صلى الله عليه وآله لان المسلمين لا يتعينون حبس من يقول اعطيه
اوفيه بعد ساعتين او ثلاث او بعد ان اصلي وعلى ان يقاس على النية لما وجبت
للصوم في آخر جزء من الليل وتعذر ضبطه صار الليل كله وقتا لها وكذلك القول
في النهار بعلة انه في احد طرفي الليل والنهار وتعذر ضبطه **قال** فان اسلم الى راس
الشهر وجب ان ياخذ حقه في الليلة الاولى الى طلوع الشمس من الشهر الثاني
قال وكذلك القول ان اسلم الى راس السنة وذلك ان راس الشيء اوله وما
علا منه لذلك يقال راس الجبل وراس الرمح لما علا ولان ما يعلو يكون في جانب

النقصان

النقصان وكذلك راس الشهر وراس السنة ولا يجوز افساد السلم لتجويز ان يعتبره
عن آخر الشهر براس الشهر لان التفاوت فيه يقل لانه يكون قدر ساعة أو اقل
لان العادة والعرف جاريان بان يعتبر براس الشهر عن ما علا منه وعن أوله
وكان القياس ان يكون الى طلوع الفجر الا انه جعله الى طلوع الشمس لان التصرف في
اعم الاحوال يكون بالنهار فجعل بعض النهار من وقته **مسألة** قال ولا بأس ان
يسلم الى يوم الفطر او يوم الاضحى او يوم عرفة او يوم التروية او ما اشبه ذلك
من الايام المشهورة وهذا مما لا خلاف فيه لان الاجل الى هذه الايام اجل معروف
مضبوط لا يقع فيه التفاوت والغرض من ضرب الاجل هو ضبط الوقت وحصره **قال**
ولا يجوز السلم الى قدوم غائبه او خروج حربا ضار او برء مريض او مشي صغيره
او ما اشبه ذلك ولا الى وقت الحصاد او الجداد او الى مجيء الحاج او الى رجوعهم ولا الى
شيء من هذه الاوقات التي تتقدم او تتأخر وهذا ايضا مما لا خلاف فيه لانها اوقات
غير مضبوطة ولا محصورة بل تتقدم تقدما كثيرا وتتأخر تأخرا متفاوتا
فيصير الاجل المضروب اليه مجهولا فوجب ان يكون ذلك مفسدا للسلم ونص
في المنتخب على انه لا يجوز السلم الى النيروز وصوم النصارى وما اشبهه وكل ذلك مبني
على ان هذه الاوقات تتقدم وتتأخر ويكون الاجل اليها مجهولا فان كان يمكن ضبط شيء منها
حتى يصير وقتا معلوما لا يتقدم ولا يتأخر وجب ان يصح السلم اليه **مسألة**
قال ويجوز للمسلم اليه ان يعجل المسلم قبل وقت محله على ان ينقصه المسلم ولا يجوز
تأخيره على الزيادة
انما جاز التعجيل على النقصان لان الحط مما
يجوز تأخيره سواء كان في الوقت او في السلم فيه فاذا جاز ذلك على الانفراد
جاز على الجمع وتقدم الشرط في ذلك لا يؤثر كما ان رجلا لو شارط رجلا ان يبيع
منه ثوبه ان هو باع منه عبده ووقع البيعان صحا ولم يؤثر فيهما تقدم الشرط
فاما في الزيادة فانه لا يجوز لانه لا يجوز الزيادة للاجل لانه لا يجوز بيع ما
يساوي عشرة بخمسة عشر الى سنة على ما مضى في كتاب البيع فهذه الزيادة لو وقعت
ابتداء عنده تفسد العقد فلم يصح الحاقه به وليس كذلك الحط لانه لو ابتدئ به
في العقد لم يفسده فكذلك اذا الحق به **قال** ولا يجوز للمسلم ان يسلم في الشيء
ما يمتنع ان يكون ثمنا له في الاوقات كلها وذلك ان يسلم درهما في قفيز من بر او الوجه

فمثله ما مضى في البيع من بيع الشيء بزيادة لا يتغابن الناس بمثلها للأجل فإذا ثبت
ذلك في بيع العين ثبت في بيع السلم **قال** ولا بأس لكل واحد من المسلم والمسلم
إليه أن يترك بعض ما وجب له على صاحبه من السلم قبل القبض وبعده ووجه ذلك
أنه قبل القبض يكون حطا وهو جائز ويكون بعد القبض هبة وهي جائزة فإذا
لا إشكال فيما ذكره **مسألة** قال ولو أن رجلا أسلم إلى رجل دراهم في شيء
موصوف ثم شرك غيره في سلمه وأخذ منه بعض ما نقد المسلم إليه كان ذلك
فاسدا سوى شركه بعد ما قاول المسلم قبل أن ينقده الدراهم أو بعده ووجهه
أنه متى فعل ذلك كان قد باع السلم قبل القبض ولا خلاف أن التصرف في الثمن
قبل القبض لا يصح كما لا يصح في الصرف وقد مضى الكلام فيه **قال** ولو أن المسلم
إليه شرك رجلا فيما عليه للمسلم على أن يأخذ منه نصف السلم ويرده على المسلم
كان ذلك باطلا وذلك أنه حاول بطلانه **قال** ولو أن المسلم استوفى حقه
من المسلم إليه ثم شرك فيه غيره كان جائزا وكان بيعا جديدا وهذا كما ذكره ووجهه
ما ذكر في الكتاب من أنه بيع جديد **قال** ولو أن المسلم إليه أسلم نصف ما أخذه
من المسلم إلى رجل ليأخذ منه نصف ما يجب للمسلم عليه كان ذلك جائزا
ووجهه أن المسلم إليه أسلم بعض ما أخذه وملكه لغيره سلما مستأنفا
فوجب أن يصح **مسألة** وإذا اختلف المسلم والمسلم إليه
في جنس ما أسلم فيه أو مقداره والمقدار الذي يتقابضان فيه ولم يكن لأحدهما
بينة حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وبطل السلم وإن أتيا جميعا بالبينة
كانت البينة بينة المسلم ووجه قولنا أن كل واحد منهما يحلف على دعوى صاحبه
أن كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه لأن المسلم يدعي على المسلم إليه جنسا هو له منكر
أو قدرا هو له منكر أو استحقاق قبض في مكان هو له منكر والمسلم إليه يدعي أن يلزمه قبض جنس
أو مقدار أو في مكان عوضا مما قبضه من رأس المال والمسلم منكر له لذلك وقلنا إنهما إن أتيا بالبينة
فالبينة بينة المسلم لأنه لا يخلو من أن يجب إسقاط البينتين أو إثباتهما أو إثبات أحدهما
لا يجوز إسقاطهما لأن المسلم قد ثبتت له بينة ما ادعاه على المسلم إليه ولا سبيل
إلى إسقاط بينته ولا يجوز إثباتهما لأنا لو أثبتناهما لكنا قضينا للمسلم بأكثر مما يدعيه لأنه
إن ادعى برا والمسلم إليه يدعي شعيرا وقبلنا البينتين قضينا للمسلم بالبر والشعير

وكذلك ما لم يدفعه فلما فسد ذلك ثبت ان الواجب قبول احد البينتين
قضينا للمسلم فاذا اثبت ما ادعاه المسلم ببينته حكمنا به والغينا بينة المسلم
اليه وايضا لو قبلنا البينتين قبلناهما على ان كل واحد عقد للسلم مخالف للعقد الآخر
فاذا اثبت العقد ان دفعنا الى المسلم ما يدعيه لثبوت عقده الذي ادعاه ولم
يدفع اليه ما ثبت بالعقد الآخر لانه لا يدعيه ويبطل اقرار المسلم اليه فيما
اقر له به فتبطل بينته لانه بمنزلة من يقر لغيره لا بحق ويقيم عليه البينة
وهو مبطل لاقراره في ان بينته تبطل **فان قيل** فيلزمكم على هذا
ان لا تقبلوا بينة المسلم اليه انه يلزمه قبض ذلك ما قبضه

هنا ساقط

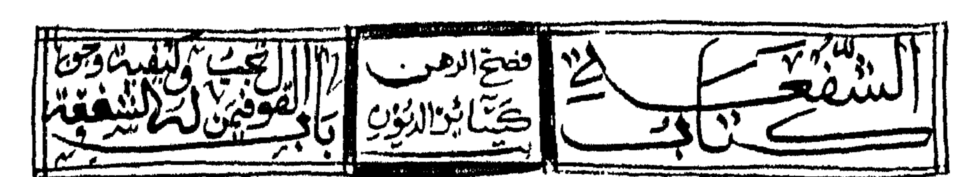
من راس المال وسمع بينته ولانه لا يؤدي الا ان يدفع الى المسلم اليه الثمن ما يدعيه
مسئلة قال واذا قال المسلم اسلمت سلما فاسدا وقال المسلم اليه لا بل اسلمت الي
سلما صحيحا فايهما اقام البينة قبلت بينته فالقول قوله فان اقاماها جميعا كانت البينة
بينة المسلم اليه وان لم يكن لواحد منهما بينة فالقول قول من حلف منهما وان حلفا
جميعا فالقول قول من يثبت السلم وان نكلا جميعا بطل السلم قلنا ايهما اقام البينة
قبلت بينته لانه لم يثبت الا على عقد واحد فايهما اقام البينة على صفة ذلك العقد
وجب ان تكون مقبولة ويجب على هذا ان المدعي للصحة لو ادعى عقدا ثانيا يحلف
له المنكر لصحة السلم وقلنا انهما ان اقاما جميعا البينة كانت البينة بينة المسلم
اليه لانه المدعي لصحته وكذلك لو كان المدعي لصحة السلم هو المسلم كانت
البينة بينته فالاعتبار بمن يدعي صحة السلم في ان البينة بينته ووجهه انا
نصدق البينتين لان ظاهر احوال المسلمين السلامة ومتى صدقناهما وجب ان
نحمل شهادتهما على عقدين احدهما فاسد والآخر صحيح فيجب ان نلغي العقد الفاسد
فان قامت به البينة والعقد الصحيح يجب ان يقرر متى قامت به البينة فصار الحكم
به بينة المدعي لصحة السلم لما بينا وقلنا ان لم تكن لواحد منهما بينة فالقول قول
من حلف منهما لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فايهما حلف لصاحبه سقطت
دعوى خصمه عنه ومن لم يحلف ثبتت عليه دعوى صاحبه لنكوله فيكون القول قول
من حلف منهما على ما بيناه **فان قيل** فكيف صار كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه
قيل له لان المدعي لصحة السلم يدعي حقا فيه بعينه بموجب سلمه الا انه

كان هو المسلم فهو يدعي مبيعاً علَيه بعينه وان كان هو المسلم اليه فانه يدعي عليه انه يلزمه قبض مبيع معين عوضاً عن راس ماله والمدعي لفساد السلم مقرٌ بالسلم ويدعي فساداً لم يظهر فصار مدعياً من هذا الوجه فوضح ما ذكرناه من ان كل واحد منهما مدعٍ ومدعى عليه وقلنا ان حلفا جميعاً كان القول قول المثبت لصحة السلم لانه مدعي خلاف الظاهر فعليه البينة وعلى خصمه اليمين فكما ان من ادعى على غيره حقاً فانكر المدعى عليه لا يلتفت الى يمين المدعي لانه يدعي خلاف الظاهر لان المدعي فساد السلم مدعٍ خلاف الظاهر **مسئلة** قال ولا باس للمسلم ان ياخذ الكفيل والرهن من المسلم اليه على ما اسلم فيه والاصل فيه قول الله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فدل على ان اخذ الرهن في الدين

١٨١ وقال صلى الله عليه وآله وسلم الزعيم غارم

والزعيم هو الكفيل

في صحتها في سائر الحقوق فكذلك في السلم والعلة انه من حقوق الاموال **فان قيل** الليس روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه كره ذلك **قيل** له ذلك محمول على استحباب الترفيه والتوسعة بين الناس اذا لم يخف ضياع المال وتلفه وروي عن ابن عباس انه قال اشهد ان السلم المؤجل في كتاب الله ثم تلى قوله تعالى اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى على ان الرهن مقبوض للاستيفاء وعقد السلم يوجب الاستيفا



تجب الشفعة في الدور والعقار والضياع اذا بيعت للشريك في اصل المبيع وهذه الجملة لا خلاف فيها اذا كان المبيع مما تصح القسمة مثل الحمام فيه فاما ما لا يحتمل القسمة مثل الحمام والرحى فذهب الشافعي الى انه لا شفعة فيه واوجب فيه الشفعة ابو حنيفة واصحابه وعندنا في جميع ذلك الشفعة وكذلك في المماليك والحيوان والعروض فهي في الاشياء للشريك في اصل المبيع دون غيره والاصل في ذلك حديث ابن ابي مليكة عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم انه قال الشفيع شريك والشفعة في كل شيء وعن ابن ابي مليكة قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم



في العبد الشفعة وفي كل شيء وعن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي
صلى الله عليه وآله وسلم قال في العبد الشفعة وفي كل شيء وعن جابر عن النبي
صلى الله عليه وآله وسلم الشفعة في كل شرك وحائط لا يصلح للشريك ان يبيع حتى
يؤذن شريكه فان باع فهو احق به وحديث جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وآله
الشفعة فيما لم يقسم وكل هذه الأخبار عامة في جميع ما ذهبنا اليه وفيه ان موضوع
الشفعة لدفع الأذى لضرب المشاركة و[المجا]المجاورة ولا يختلف فيه العلماء وقد علمنا ان
ما لا يتأتى فيه القسمة يكون الأذى بالمشاركة فيه اشد لأنه لا يزول كما لا يزول فيما
لا يتأتى فيه القسمة اذا قسم **فان قيل** المقصد منها دفع الأذى فيما يدوم وهذا
غير موجود في العروض والحيوان **قيل** له لا يحصل الدوام في شيء من الأشياء
وانما تطول المشاركة في بعض الأشياء على ان العروض والحيوان قد يجوز ان تبقى مدة
طويلة وربما ينهدم قبل تلف الحيوان والعروض فلا معنى لما ذكروا على ان ذلك لو صح
لكان لنا ان نقول ان ذكر الدوام لا معنى له لأن الغرض هو دفع الأذى ويمكن ان يقاس
على ما اجمع عليه بحصول الشركة ومما يتعلقون به من قوله صلى الله عليه وآله
الشفعة في كل شرك في ارض او ربعة او حائط وما اشبه ذلك مخصوص بما
ذكرناه **مسألة** قال ثم الشفعة للشريك في الشرب ثم للشريك في الطريق
ثم للجار الملاصق [الملازق] كل من اثبت شفعة الجوار فلا يخالف في الشرب والطريق وانهما
يتقدمان عليه ولا خلاف انه لا شفعة للجار اذا لم يكن ملاصقا وانما الخلاف بيننا
وبين ابي حنيفة واصحابه في الشرب والطريق فانهم يسوون بينهما ونحن نقدم
الشرب على الطريق والأصل فيه ان موضوع الشرب يجمع حقا في حوالها وحق المجرى
نهرا او كدس الطريق الذي ليس فيه الا حق الاستطراق

ولا خلاف في انه لا شفعة للجار مع الشريك في الأصل
لأنه اخص بالمبيع بدلالة ان من كان له حق في الطريق فله ان يفتح من داره تلك الى
الطريق [من] الى الأبواب ما شاء وليس كذلك من كانت لأرضه نوهة الى نهر انه ليس له
ان يفتح اليه نوهة اخرى فبان ان التخصيص في الشرب آكد فوجب ان يكون الشفيع
فيه مقدما على الشريك في الطريق فتأذي شركة الشرب اشد من تأذي شركة الطريق
فوجب ان يكون ذلك اولى فلهذا قدم الشريك في الأصل **مسألة** قولنا وقول

ابي حنيفة واصحابه في الشفعة في الجوار واحد والخلاف فيه بيننا وبين ابن
ابي ليلى والشافعي والامامية حكى الكرخي ان ابن ابي ليلى كان يقول في ذلك مثل قول
ابي حنيفة ثم رجع عنه والدليل على صحة ما ذهبنا اليه في ذلك الاخبار المشهورة
منها حديث عطا عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله الجار احق بشفعة جاره
ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وحديث عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد
عن ابيه قال قلت يا رسول الله ارض ليس لاحد فيها شرك ولا قسم الا الجوار قال صلى الله
عليه وآله الجار احق بصقبه وهذا يبطل كل تاويل يتاوله المخالف وحديث سعد بن
ابي وقاص لولا اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول الشريك احق
بالشفعة والجار احق ممن وراه ما اشتريته او كما قال فقد صرح بايجاب الشفعة للشريك
دون الجار وللجار دون من وراه وحديث ابن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه
وآله وسلم جار الدار احق بشفعة الدار وعن قتادة عن النبي صلى الله عليه وآله
انه قال لجار الدار احق بالدار وحديث جابر الشفعة في كل شرك يوجب الشفعة
في شرب الشرب والطريق فاما استدلالهم بما روي عنه صلى الله عليه وآله وسلم
الشفعة فيما لا يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة وفي بعض الاخبار فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فضعيف لان اكثر ما في قوله الشفعة فيما لم يقسم
ايجاب الشفعة للخليط وهذا مما نقول به ولا خلاف فيه فاما قول من قال فاذا وقعت
الحدود فلا شفعة فقد قيل انه من لفظ الراوي ادرجه في الحديث فلو ثبت انه
من لفظ النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يحتمل ان المراد ان الشفعة لا تجب بالقسمة
ووقوع الحدود فيكون المقصد بيان ان ذلك لا يوجب الشفعة ولو كانت القسمة جارية
مجرى البيع ومشبهة له ويحتمل ايضا ان احد الشريكين اذا باع نصيبه ثم وقعت القسمة
بطلت الشفعة بينهما على ان ترك الشفعة الى ان تقع القسمة مبطل لها لتعلق طلب
الشفعة على الفور فاما تاويلهم الجار على الشريك فهو بعيد لان الشريك في اللغة لا
يسمى جارا وما حكي ان المراة عبر عنها بالجارة فذلك لا للشركة اذ لا شركة بينها وبين الزوج
وانما هو للقرب بالجسد بينهما
قول الشاعر   اجارتنا بيني فانك طالقة   على ان ما ذهبنا اليه اولى
عليه والناقل   كذا

يكون قريبًا من التأذي بالشريك
وربما كان التأذي به اشد لأن للجار له ان ينفرد بالأبنية المؤذية وليس ذلك للشريك
على ان في اخبارنا نصوصًا لا تحتمل التأويل فصار قولنا اولى **مسألة ١١** قال وكل
مصر مصره المسلمون فلا شفعة فيه لذمي ووجهه ان المصر لا حق لهم فيه الا ما
يملكون فلا يفتح لهم في الشفعة ليكون تفرقة بين المصرين وبما روي عنه
صلى الله عليه وآله وسلم من ان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه وقال تعالى وجعل كلمة
الذين كفروا السفلى وكلمة الله هي العليا ولا يفتح لهم في مصر مصره المسلمون ليتحكموا فيه
ويعلو **مسألة ١٢** قال فان كان مصر امصره الكفار كان لاهل الذمة ان يشفع بعضهم
على بعض ولم يكن لهم شفعة على المسلمين ووجه منعهم ان يشفعوا على المسلمين ما قدمنا
ولان الشفعة موضوعة لدفع التأذي وقد اذن لنا في بعض الاذية لهم قال
الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وعن النبي صلى الله عليه وآله
اذا كنتم معهم في طريق فالجؤهم الى المضيق وعن علي عليه السلام انه خاصم نصرانيًا
الى القاضي شريح فجلس الى جنب شريح واجلس النصراني بين يديه وقال لو لا ان خصمي
ذمي ما جلست الا معك فلم يسو بين مجلسه ومجلس خصمه لانه كان ذميًا وان كان
فيه بعض الاذية فلما كان ذلك كذلك لم يجعل للذمي شفعة على المسلم اذ لا
يدفع عنه جميع الاذى كما يدفعه عن المسلم **مسألة ١٣** قال في المنتخب والشفعة
تجب لاهل الذمة في الضياع والدور والعروض الا الضياع التي تجب في غلاتها الاعشار
الصحيح عندي هو ما قاله في المنتخب لان الاخبار الواردة في الشفعة ليس فيها تخصيص
الذمي من المسلم ولان سائر الاحكام لا فرق فيها بين الذمي والمسلم فوجب ان تكون الشفعة
كذلك ولان هذا جنس من الاذى مما يعظم ويبقى فيجب ان يكون مرفوعًا عن اهل الذمة
كما يرفع عن اهل الملة مثل الرد بالعيب وخيار الرؤية وخيار الشرط وضمان رهونهم وما يجري
مجراه وقوله الاسلام يعلو ولا يعلى ليس المراد به الحقوق والاحكام فاما منعهم الشفعة
فيما يجب فيه الاعشار فالمراد به اذا كان المشتري مسلمًا ووجهه انه يؤدي الى اسقاط حقوق
الفقراء لان الذمي لا عشر عليه فان كان المشتري ذميًا توجهت الشفعة عليه للذمي
ولا شفعة للذمي في العبد المسلم تخريجًا ووجهه انا نمنعه من امساك العبد فيجب
ان نمنعه من اخذه بالشفعة هذا اذا قلنا لا يصح ان يملكه بالشراء وان قلنا انه يصح

ان يملكه بالشراء ولكن لم يجبر على بيعه لم يمتنع أن تثبت فيه شفعته **مسئلة**

قال ولا شفعة في الصداق وبه قال ابو حنيفة واصحابه وعند الشافعي فيه الشفعة ولا شفعة في الصدقة والهبة وعند ابن ابي ليلى ومالك في الهبة الشفعة والأصل في ذلك ان الشفيع يأخذ الشيء بالبدل الذي حصل على المشتري من المال فاذا حصل الشيء له بغير بدل هو مال لم تجب الشفعة فيه والدليل على ذلك انه لو لم يكن الأمر كما ذكرنا لكان الشيء يؤخذ بقيمته وما لم تضمن بقيمته واحد بالثمن صح ما ذهبنا اليه ولا خلاف انه لا شفعة في الارث فكذلك الصدقة والهبة لانهما دخلا في ملكه بغير عوض وربما قاسوه على البيع بعلة انه دخل في ملكه باختياره وهذا لا معنى له لأن الاختيار لا تأثير له في هذا الباب الا ترى ان الشيء يدخل في ملك اليتيم والمجنون بالشراء ولا اختيار لهما ومع هذا تجب فيه الشفعة واما الصداق فانه ان كان في مقابلة البضع فان البضع لا قيمة له في حقيقته ولأن المهر لا يملك به البضع وانما يستباح البضع به على انا لو اوجبنا اخذ المبيع بمهر المثل كنا قد اوجبنا اخذ العوض بحسب احوال المالكة في حسنها وشبابها وبروحها ونسبها وهذا في نهاية البعد لان احوال المشتري خلاف موضوع الشفعة بل خلاف ما يوما يملك بالاعواض على ان المحكي عن ابن ابي ليلى كان يوجب اخذ المبيع بقيمته وهذا وان كان بعيدا وبخلاف موضوع الشفعة فهو اقرب مما ذهب اليه الشافعي وهذا يقتضي ان لا شفعة في الخلع وفي عوض المستأجر وما اشبهه مما لا يكون عوضه مالا ومتى ما صولح به عن دم العمد ويقاس ذلك على الصداق او يجعل دم العمد اصلا

مسئلة قال والهبة على عوض تجب فيها الشفعة تؤخذ بقيمة العوض وقول ابي حنيفة مثل قولنا الا انه يوجب الشفعة بعد حصول التقابض فيهما جميعا اعني الهبة والعوض وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال زفر تجب الشفعة اذا حصل الايجاب والقبول وان لم يحصل التقابض والاشبه ان يكون قولنا كقول زفر والأصل فيه ان الهبة على العوض كالبيع فكما انه لو باع بعوض وجبت الشفعة ولزمه قيمة العرض كذلك اذا وهب على عوض لانه عقد معاوضة اوجب تمليك البدل بالبدل ولا يشترط التقابض فيها كما لا يشترط في البيع اذ قد بينا ان ذلك مثل البيع على ان من اصلنا ان الهبة تثبت من غير قبض فلم يكن لاشتراط القبض في هذا معنى

مسئلة قال واذا بيعت أرض بأرض او دار بدار وجبت الشفعة بقيمة العوض دون المأخوذ بالشفعة وقيمته قيمته يوم عقد البيع وهذا مما لا أحفظ فيه خلافا والأصل فيه ايجاب الشفعة بالثمن دون القيمة فوجب ان يلزم فيه العوض لأن العوض هو الذي يجري مجرى الثمن ولأن الشفيع لو اوجبنا عليه الأخذ بقيمة المبيع دون الثمن كان ذلك يؤدي الى دخول الضرر على المشتري ان كان اعطا ما قيمته على قيمة المأخوذ بالشفعة او اتصال الضرر عن ثمن المبيع اليه ان كان اعطا ما قيمته دون قيمة المأخوذ والشفعة مأخوذة موضوعة على ان يخرج المشتري كفافا حتى يكون سبيله سبيل الوكيل من غير ان يلحقه ربح او خسران وقلنا ان قيمته قيمته يوم عقد البيع لئلا يلحق المشتري فيه الربح والخسران فكذلك المسألة الأولى ولأن الحق تعلق به يوم العقد فوجب ان تعتبر قيمته يوم العقد **مسئلة** قال واذا اشترى رجل ضيعتين متفرقتين في صفقة واحدة ولأحد الضيعتين شفيع اخذ ما له فيه الشفعة وفرق الصفقة وحكي عن الناصر انه قال يأخذ الجميع او يترك الجميع والصحيح ما ذهبنا اليه وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال ح وذلك ان حق الشفيع تعلق بأحد الضيعتين فوجب ان يكون المأخوذ احدهما كالرد بالعيب الا ترى ان احدى الضيعتين لو وجد فيها عيب لكانت هي المردودة دون الأخرى لأن حق الرد بها تعلق وكذلك لو استحقت احداهما كانت هي المأخوذة لأن حق الاستحقاق بها تعلق فكذلك الشفعة يجب أن يكون المأخوذ بها احداهما على ان الموجب للشفعة هو الشركة في المبيع او في طريقه او في شربه او الجوار الملاصق وليس بينه وبين الضيعة الأخرى شيء من ذلك فيجب ان لا يأخذ بالشفعة قياسا على ما يشترى في صفقتين **مسئلة**

قال واذا كانت للصبي شفعة كان له ان يطالب بها اذا كبر وان كانت للغائب كان له ان يطالب بها اذا حضر وذلك ان حقهما ثابت فلا يبطل للصغر ولا للغيبة لأن الصغر والغيبة لا يبطلان شيئا من الحقوق الثابتة

كذا

مسئلة

قال واذا كانت ارض بين رجلين فباع احدهما حصته من رجل آخر ولم يعلم شريكه ثم باع الشريك الآخر حصته من آخر ولم يعلم ببيع شريكه

ثم باع الشريك الآخر الذي باع قبله فليس للبائع الأخير ولا لمبتاعيه فيه
شفعة على المشتري الأول

كذا

فيطلب شفعته كالأجنبي ألا ترى أنه لما لم يكن بينه
وبين المشتري شيء من حقوق الشفعة قائم لم يكن له شفعة فكذلك الشريك إذا باع
نصيبه **على** أن الشفعة موضوعها والله أعلم لدفع أذى الضرر بالمشاركة والمجاورة
فإذا باع الشريك نصيبه خرج من أن يكون مخافاً أذى الضرر بالمشاركة فزال سبب الشفعة
فوجب أن لا تكون له شفعة وأما مشتريه فإنه ملك بعد ما ملك المشتري
الأول فلم يكن له عليه شفعة لأن الشفعة لم تدخل عليه في شربه أو جواره
ويجب أن يكون للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني لأنه داخل عليه في
الشركة كما تثبت له على مشتر ثالث لو دخل عليه في الشركة والعلة دخوله عليه
في الشركة **مسألة** قال والشفعة على عدد الرؤوس لا على مقادير
الأنصباء وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأحد قولي الشافعي وله قول آخر
على قدر الأنصباء ووجهه ما ذكره يحيى بن الحسين عليه السلام من أن صاحب
النصيب الأقل لو انفرد لاستحق الجميع كما يستحقه صاحب الأكثر فإذا اجتمعا
وجب أن يقسم المشفوع فيه بينهم بالسوية كالحليفين يدعيان شيئاً
ولأحدهما شاهدان وللآخر ثلاثة من الشهود يقسم الشيء بينهم بالسوية والعلة
أن كل واحد منهما لو انفرد لاستحق الجميع وكذلك الأبنان والأخوان ما في الدية على
هذا الاختلاف في الجارحين لو جرح أحدهما جراحة واحدة والآخر جراحات عدة
فمات المجروح أن الدية تلزمهما على سواء وكذلك العبد إذا كان بين ثلاثة لأحدهم
السدس وللآخر الثلث وللآخر النصف فأعتق صاحب السدس والثلث أن النصف
يقوم يكون بينهما على سواء والعلة في الجميع أن كل واحد منهم لو انفرد قضي في المدعيين
أن الحق يجب عليه بذلك فإذا اجتمعا قضي عليهما على سواء فكذلك في الشفعة
فإن قيل في المدعيين أن الحق وجب بالشاهدين كصاحب الشهود الثلاثة
والثالث لا تأثير له **قيل** الحق وجب للشفيع بأقل القليل من الملك والزائد
لا تأثير له **فإن قيل** العلة في الجراحات أنها تسري في البدن ولا يعلم
أيها كان سبب القتل فسوينا بينهما على عدد الرؤوس **قيل** له لو كانت

العلة

العلة ما ذكرت لوجب ان يجعل لكل جراحة حط السراية فكان الواجب توزيع
الدية على الجراحات لكن العلة ما ذكرنا وهذا ظاهر **مسئلة** قال واذا اشترى
ارضا وقام فيها شفيع لم يكن للمشتري ان يقيل فيها البائع الا ان يترك الشفيع شفعته
المراد بهذا انه يكره له الاقالة فيما بينه وبين الله تعالى لانه يكون مانعا في حال
للشفيع شفعته او يكون المراد به ان الاقالة لا تبطل شفعته لان الاقالة تقع
ان اقال المشتري ما لم يوخذ المشتري وله ان يتصرف فيه بما شاء من بيع
او هبة او مواجرة او استهلاك لا يمنع من شيء منه حكما وان لم يستحب له فيما
بينه وبين الله تعالى الا بعد التسليم والتشفيع فكذلك الاقالة يجب ان تقع صحيحة
وان كرهت فان اقال وكان الشفيع قد ابطل شفعته بالبيع الاول فله الشفعة
بالاقالة تخريجا لان يحيى بن الحسين عليه السلام قال الاقالة كالبيع سواء
ولو سلم الشفيع الشفعة حين اشترى المشتري ثم باع المشتري ما اشتراه كان
للشفيع الشفعة في البيع فكذلك الاقالة على مذهبه اذ هي بيع **مسئلة**
قال واذا استعلى الشفيع فترك الشفعة ثم استحط المشتري شيئا من الثمن
فحط البائع عنه كان للشفيع ان ياخذها من المشتري بالثمن الثاني لان الحط
يلحق الثمن واذا صار الثمن حتى كان الثمن اكثر فان ترك الجميع
من الثمن كان الواجب ان ياخذ بجميع الثمن لانه اذا ترك الجميع لم يبق من الثمن
شيء يجوز تعلق الحكم به فوجب الرجوع الى الجميع وبه قال ابو حنيفة واصحابه
وايضا الحط والزيادة يلحقان العقد حتى يكونا في الحكم كان كل واحد منهما كان مع
العقد وحط الجميع لا يصح ان يلحق العقد لانه يكون بمنزلة عقد بلا ثمن فيجب ان يكون
ابرا واذا كان ابرا وجب على الشفيع ان ياخذه بجميع الثمن **مسئلة** قال وخيار
المشتري اذا كان مشروطا في العقد فانه لا يمنع الشفعة لان الشفيع يصير اولى
بالعقد وحقوقه من المشتري وقد انقطع عنه حق البائع وخرج الشيء عن ملكه
فوجب ان يكون للشفيع اخذه وابطال خيار المشتري وبه قال ابو حنيفة واصحابه واحد
قولي الشافعي قال ابن ابي هريرة في التعليق ويحتمل على قول له آخر ان لا يكون للشفيع
اخذه لانه يفتات المشتري امضاء البيع قال لان له ان يقول لا اضمن عهدة ثمن لا
اختاره وهذا لا معنى له لانه لا يدخل في العهدة باختياره وانما العهدة قد لزمته حين

استحق الشفيع بانقطاع ملك البائع عنه كما انه لو كان به عيب كان للشفيع
ان يرضى به او يأخذه ويبطل خيار المشتري فيه فكذلك الخيار المشروط فأما اذا
كان الخيار للبائع او لهما فلا شفعة فيه حتى ينقطع خيار البائع لان ملك البائع
لم يزل عنه بعد بل هو على ملكه وهذا مما لا اعرف فيه خلافا ومتى اختار البائع
امضاءه وجبت الشفعة للشفيع

مسألة قال واذا اخذ الشفيع
شفعته ثم حضر شفيع اولى منه وطلب الشفعة اخذها من الشفيع الاول
لان الشفيع الاول انما تثبت له الشفعة بان تركها من هو اولى واذا لم يتركها وطلبها
من هو اولى كانت الشفعة للاولى دون من اخذها اولا الا ترى انهما لو حضرا معا
سقطت شفعة احدهما فكذلك اذا حضر الاولى بعد اخذه وهذا مما لا خلاف فيه

مسألة واذا بيعت الدار في زقاق لا منفذ له كانت الشفعة للاقرب اليها
فالاقرب **اعلم** ان المراد به الاخص في شركة الطريق كزقاق فيه ثلاث
دور اثنان مشتركان في موضع من الطريق لا شرك فيه للثالث والباقي شرك للجميع
وكذلك ان كثرت الدور في الزقاق والاصل فيه ان الخليط لما كان اخص بالشركة
من الشريك في الطريق كان اولى بالشفعة من الشريك في الطريق لان الشريك في شيء
له الاصل له الشركة حيث لا شركة فيه
حيث فيه الشركة للشريك في الطريق فكذلك

مسألة والمضارب اذا اشترى حائطا
وبيع الى جنبه حائط نظر فيه فان كانت قيمة الحائط الاول زائدة على رأس المال
كانت الشفعة للمضارب ولصاحب المال جميعا وان كانت لا تزيد على ذلك كانت الشفعة
لصاحب المال دون المضارب ووجهه ان الزيادة على رأس المال تكون بين المضارب
وصاحبه فمتى زادت القيمة حصل فيه شركة للمضارب فوجب ان تكون له فيه شفعة
كالشريكين في دار اذا بيعت الى جنبها اخرى كان لكل واحد منهما فيها شفعة فأما اذا لم
يكن في ذلك زيادة على رأس المال فلا حق فيه للمضارب فلذلك ابطلنا شفعته لانه ليس
شريكا في الحائط المشترى اولا هذا اذا كانت المضاربة صحيحة فأما اذا كانت فاسدة
فالشفعة على الوجوه كلها لصاحب المال دون المضارب تخريجا لان من مذهب يحيى عليه السلام
اذا كانت المضاربة فاسدة فانما له اجرة عمله فعلى هذا لا يكون له شرك في الحائط

على وجه من الوجوه فليس لك قلنا انه لا شفعة له سنة

باب القول فيما يبطل الشفعة

القول فيما يبطل الشفعة

اذا حضر الرجل عقد بيع له فيه شفعة فلم يطالب بشفعته ساعة ينعقد البيع بطلت شفعته وبه قال ابو حنيفة واصحابه واحد قولي الشافعي والاصل فيه ما يروى عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال الشفعة كنشطة عقال فان قيدها مكانه ثبت حقه والا فاللوم عليه وما روي عنه صلى الله عليه وآله انه قال الشفعة لمن واثبها ولا خلاف بين العلماء ان من ترك طلبها مدة طويلة من غير عذر بطلت شفعته فكذلك اذا تركها مدة قصيرة والعلة اعراضه عن طلبها لغير عذر ولانه يؤدي الى تعليق حق المشتري فوجب ان يكون ذلك مبطلا لشفعته قياسا على تركه مدة طويلة ويمكن ان يقاس بهاتين العلتين على قبول البيع في المجلس اذا اعرض عنه في المدة اليسيرة مبطل لحقه بالاجماع اعني في القبول فان كان المانع من ذلك عذرا كالخوف من ظالم او ما اشبه ذلك لم تبطل شفعته فاذا زال العذر عاد الامر كما كان في انها تبطل ان لم يطلبها وذلك ان المعاذير لها تاثير في مثل هذا الا ترى انه لو باع او اشترى او اقر مكرها لم يقع شيء من ذلك وكذلك عند الطلاق والعتاق والنكاح فكذلك السكوت عن طلب الشفعة اذا كان لما ذكرنا والذي يجب ان يعتبر في الخوف هو ما يعتبر في باب الاكراه وان كان خوفا يسيرا كالخوف من الوحشة او ما جرى مجراها لم يؤثر وبطلت الشفعة كما نقول ذلك في الاكراه وحكي عن بعض اصحاب ابي حنيفة ان الشفعة تبطل اذا سكت خوفا وشبهوه بخيار القبول في المجلس والفصل بينهما ان العذر لا يؤثر فيه الا ترى ان الشفيع لو خفي عليه ان البايع قد اوجب لم تبطل شفعته بالاعراض وكذلك الشفيع لو تركها ظنا منه ان البيع بالف ثم علم ان البيع باقل لم تبطل شفعته وليس كذلك خيار القبول في الغايب اذا بلغه خبر البيع ان لم يشهد على انه مطالب بشفعته ولم يبعث بذلك الى المشتري اسرع ما يمكنه بطلت شفعته على ما بينا الا ان يمنعه ما ذكرنا وذلك ان طلب الغايب هو بالاشهاد والانفاذ فمتى قصر في واحد من الامرين بطلت شفعته على ما بينا والصغير اذا بلغ فقصر بطلت شفعته على ما بينا قال ولو انهم تركوا ما يجب عليهم في ذلك

في ذلك وتهاونوا يوما أو يومين أو أقل أو أكثر لجهلهم بذلك لم تبطل شفعتهم وهذا
عندي ضعيف لأن سائر ما قدمنا ذكره لا يوجب إبطالها بهذا، ووجه ما ضعفه أن
الشفعة موضوعة لدفع الضرر فلو ضيقنا على الشفيع حتى تبطل الشفعة لأمر
جهله ولم يحط به علمه لم يكن دفعنا عنه الضرر ولا أعرف خلافا
في تأجيل الشفيع مدة ريثما يحمل المال وقد تسومح في ذلك ليتم دفع الضرر عنه فكذلك
ما ذكره ويمكن أن يتعلق لذلك بقوله صلى الله عليه وآله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان
وما استكرهوا عليه ولأن جهله بالبيع يمنع من سقوط حقه فكذلك جهله بما يلزمه
في الطلب فأما ما يوضح الوجه الأول فهو أنه لا شبهة في المشتري لو جهل أن قبوله
الإيجاب في المجلس من البائع يبطل حق القبول وكذلك القابل للنكاح لم يمنعه
ذلك من بطلان حقه وكذلك من اشترى بخيار الثلاث لو جهل أن سكوته إلى أن تمضي
المدة يبطل خياره فسكت حتى تنقضي مدة الخيار لم يمنع ذلك سقوط خياره و
والأصل في هذا أن هذه أمور تتعلق بالأقوال والأفعال فقط فلا يؤثر فيها الجهل
والعلم ويوضح ذلك ما رواه زيد بن علي أن رجلا أتى عليا عليه السلام فقال
عبدي تزوج بغير إذني فقال علي عليه السلام فرق بينهما فقال السيد لعبده
طلقها يا عدو الله فقال له علي ع قد أجزت النكاح فإن شئت أيها العبد فطلق وإن شئت
فأمسك ومن المعلوم أن سيد العبد لم يعلم أن قوله ذلك موجب لتثبيت نكاح عبده
لذلك قال وعلي عليه السلام لم يعتبر جهله وأوجب وقوع ما اقتضاه لفظه وإن أوقع
بغير علم وكذلك ما مضى فيما يبطل الشفعة لا يعتبر فيه علمه ولا جهله فأما صفة
الخبر الذي إذا بلغه تعلق الحكم به فقد اختلف فيه فحكى أبو الحسن الكرخي عن أبي
حنيفة ره أن الخبر يجب أن يكون من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول وحكى
عن بعض أصحابه أنه يجيء على قياس قوله أن يخبر رجل عدل وحكى عن أبي يوسف ومحمد
أنهما اعتبرا في الخبر أن يكون حقا سواء كان المخبر حرا أو عبدا أو صبيا أو امرأة أو عدلا
أو غير ذلك بعد أن يكون الخبر صدقا ولا أحفظ فيه عن أصحابنا نصا والذي
عندي فيه أن الخبر يجب أن يكون ما يغلب على ظنه أنه صدق من غير مراعاة لأحوال
المخبر لأن أكثر أمور المعاملات تتعلق به كقبول الهدايا وطهارة الشيء ونجاسته
والاستباحات التي تكون بين الناس وما أشبه ذلك هذا فيما للإنسان وعليه

بما بلينه وبين الله تعالى فان اراد ان يلزم امرا غيره فلا بد من شهادة تامة

وعدالة وما ذكرنا من خبر الشفعة هو شيء بلينه وبين الله تعالى ويسقط حقه وليس

فيه الزام الغير شيئا فوجب ان يراعى فيه في الخبر ان يكون مغلبا للظن على ان الاخبار

التي لا تغلب الظن لا تاثير لها في سائر الاحكام فوجب ان يكون خبر الشفعة كذلك

ولان ذلك ليس بحكم فلا يجب ان تراعى فيه العدالة كما قلنا في قبول الهدايا وما اشبهه فاذا

بلغ الرجل خبر بيع على صفة فكان تعنته لانه بيع فاسد فترك الشفعة كان ذلك تسليما

وان علم بعد ذلك ان الحاكم قد اجاز ذلك البيع لان تسليمه لكونه على صفة كان عليها

والصحة والفساد حكمان يتبعان تلك الصفة فيجري مجرى ان يعتقد ان لا شفعة بالجوار

فيترك شفعة جوار بيعت الى جنب دار له في انه ليس له ان يعود الى طلب الشفعة اذا

علم ان الحاكم يحكم له بها وكذلك لو بلغه ان الشراء بعرض فقدر ان لا شفعة فتركها كان

ذلك تسليما **مسألة** قال ويؤجل الحاكم الشفيع بالثمن يوما الى ثلاثة ايام ان

راى الصلاح في ان يزيده فعل وان لم يوف الشفيع بعد الاجل بطلت شفعته وجملة

القدر من التاجيل وهو ثلاثة ايام راي اكثر العلماء ووجهه ان الثلاث جعلت تقديرا

في كثير من الاشياء جعلت تقديرا في استتابة المرتد وفي قصة موسى صلى

الله عليه حين قال في المرة الثالثة قد بلغت من لدني عذرا فكان ذلك تقديرا

حسنا ولان الشفعة وضعت لدفع المضارة فلو ضيقنا على الشفيع

ولم نفسح له في القدر كنا قد ادخلنا الضرر عليه على المشتري ورأينا هذا القدر

وكذلك لو فسحنا له في مدة طويلة كنا قد ادخلنا الضرر

تقديرا ~~صحيحا له في مدة طويلة~~ حسنا لما بيناه ولما عليه معاملات الناس

فان لم يأت بالمال في هذه المدة نظر فيه فان كان الحاكم قد اجله تاجيلا

مطلقا لم تبطل شفعته وان كان حكم ببطلان شفعته ان لم يات بالمال واشترطه

المشتري عليه بطلت شفعته قلنا ان التاجيل المطلق لا يوجب بطلان الشفعة

اذا لم يحصل الثمن لانه قد استحق الشفعة بالطلب وتاخير التوفية لا يؤثر فيه

كما ان الحاكم لو كان حكم له بها لم يؤثر ذلك فيه واما اذا حكم الحاكم ببطلان الشفعة ان

لم يحصل الثمن فيجب ان ينفذ الحكم لانه لا بد من قطع الامر واذا اقطع الحاكم

مع ذلك وكذا اذا اشترط الشفيع ذلك لانه بتسليم الشفعة له تعلق بها جميعا

كان يقول ان كان المشتري هو زيد فقد سلمت الشفعة فيكون زيد هو المشتري

تكون شفعته قد بطلت **مسألة ٢٠** واذا اثبت عند الحاكم عدم الشفيع لم يحكم له بالشفعة قد نبّه بذلك ان الحاكم له ان يحكم قبل احضار المال (كذا)
لهذا استثنى المعدم وان كان الاولى ان لا يحكم الا بعد احضار المال لئلا يقع فيه التوى والضرر على المشتري وبه قال محمد بن الحسن اعني ان الحاكم لا ينبغي له ان يحكم
له بالشفعة لانه يكون قد ادخل الضرر على المشتري وعرض ماله للتوى وعلى الحاكم
ان ينظر للخصمين نظرا يوفي كل واحد منهما حقه **مسألة ٢١** قال واذا
طلب الشفيع الشفعة فقال له المشتري احضر الثمن فمضى ولم يعد يكون على شفعته
متى عاد والمشتري يطالبه عند الحاكم وهذا هو الاشهر من قول ابي حنيفة وش
وقال محمد ان عاد فيما بينه وبين شهر والا بطلت شفعته وذكر يحيى بن الحسين
عليه السلام في الفنون نحو هذا القول ولم يحده بشهر والاصح ما ذكره في
الاحكام من انه يكون ابدا على شفعته حتى يسلم او يحكم الحاكم بابطالها ووجهه
ما مضى من انه قد استحق بالطلب ووجب حقه والسكوت وتاخير توفير الثمن
لا يبطلها كما لا يبطل لذلك سائر الحقوق الواجبة ولانه احد الا يقول ان ذلك
على الفور بل يفسح له في المدة فوجب ان يكون كثير المدة كقليلها كسائر
الحقوق وكما نقول ان يسير المدة ككثيرها في ترك الطلب ووجه القول
الاخر انه يؤدي الى تعليق ملك المشتري وقد بينا ان له ان يرافعه الى الحاكم
فيمنع ملكه عن التعليق فان لم يفعل يكون هو الذي علق ملكه وحق الشفيع يكون
ثابتا كما بينا **مسألة ٢٢** واذا اعرض الشفيع عن
مطالبة المشتري بالشفعة وطلب البائع بطلت شفعته الا ان يكون فعل
ذلك جهلا لان الملك قد صار للمشتري وخرج عن البائع والشفيع عليه
يستحق الملك بالشفعة فوجب فيجب ان يكون هو المطالب اعني المشتري بالشفعة
ولا خلاف انه بعد القبض وتراخي الزمان لا يجوز له الا مطالبة المشتري فكذلك
قبل القبض والعلة ما ذكرناه من حصول الملك للمشتري فاذا صح ذلك فمتى اعرض
عن المشتري وطالب البائع بالشفعة فقد سلّم الشفعة للمشتري باعراضه عنه ولا
مطالبة له على البائع لما بينا واما اعتبار الجهل في ذلك فوجهه ما تقدم على انه يضعف
لما بينا لا قيل هذا **مسألة ٢٣** قال ولا يجوز للشفيع ان ياخذ للشفيع ان يأخذ

جعلا على تسليم شفعته ولا هي ان يبيعها ولا ان يهبها لغيره وقلنا انه في
جميع ذلك ان فعل ابطل شفعته تخريجا

فيأتي فيه المعاوضة او البيع

يصير ذلك السبب لغيره باخذ الجعل في

بيع الشفعة او هبتها فوجب ان يكون باطلا   وقلنا ان فعل

ذلك بطل شفعته لانه يكون مسلما لها ومعرضا عن المطالبة

الا ترى انه اذا اخذ الجعل على التسليم فقد حصل التسليم

واذا باعها او وهبها   وفي اخراجه نفسه منها سلمها

كما انه لو قال برئت من هذه الشفعة   والعلة

انه اخراج نفسه منها **فان قيل** فاذا قلتم ان هبتها وبيعها لا يصح فكيف يكون
مخرجا نفسه فما انكرتم ان يكون اذا لم يصح ذلك ان يكون على شفعته **قيل** له
لان بيع الشيء وهبته يقتضي شيئين احدهما اخراج نفسه منه والثاني تحصيله
لغيره والشفيع وان لم يصح منه تحصيل الشفعة لغيره يصح اخراج نفسه منها
فاذا تضمن البيع والهبة ذلك لم يثبت ما لا يصح وثبت ما يصح **فان قيل**
فهل تقولون في سائر الحقوق انها تبطل بهذا القدر **قيل** له لا نقول ذلك في
سائر الحقوق لانها لا تبطل بقول القائل اخرجت نفسي منه واسقطته والشفعة
تبطل بذلك ولان الشفعة تبطل بالدلالة كما تبطل بصريح اللفظ **مسألة**
واذا مات من له الشفعة قبل الطلب لم يقم ورثته مقامه وبطلت شفعته لانه
ليس له حق ثابت فيقوم ورثته مقامه وانما له طريق الى ان يثبت حقه والدليل
على ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال الشفعة كنشطة عقال
فان قيد مكانه ثبت حقه والا فاللوم عليه اذا لم يقيدها وما روي ان الشفعة
لمن واثبها والميت لم يفعل ذلك حتى لم يكن منه طلب فلم يكن له حق ثابت واذا
لم يثبت الحق لم يستحقه الوارث الا ترى انه ان امكنه ان يملك ارضا بالاحياء
فمات قبل ان يفعل لم يرثها ورثته كذلك اذا مات من يمكنه تثبيت حقه
من الشفعة من قبل ان يفعل ذلك لم يقم مقامه ورثته فاذا مات بعد
الطلب قام الورثة مقامه لانه حق ثابت ومعنى الثابت انه لا يبطل بالسكوت وانه

كذا في الام

وانه لا بد لابطاله من لفظ او دلالة او حكم والحقوق الثابتة في الاموال تقوم الورثة
المورث فيها كالرد بالعيب وما اشبهه وكالاجارات ولا يلزم خيار الثلاث
وخيار الرؤية لانها قبل الطلب حق يسقطه السكوت مع مرور الزمان فوجب
ان لا يورث كالبيع وخيار القبول في المجلس فاما بعد الطلب فهو حق لا يسقطه
الا التصريح من الاسقاط او ما يقوم مقامه من قول او فعل فوجب ان يورث كسائر
باب ما لبينا كالحقوق الثابتة فبان انه حق معلوم غير ثابت وليس
الغرض تشبيه الرؤية بالطلب وانما الغرض بيان تعلق الحق فيهما وهذه الجملة نقول
ان الشفيع اذا قصر في طلب الشفعة بطلت شفعته وان قصر بعد الطلب لم تبطل

مسألة

قال وولي اليتيم ووالد الصغير اذا ترك الشفعة لغبطة
اليتيم او لعدم ماله بطلت شفعته وان تركها لغير ذلك كان الصغير على شفعته اذا بلغ
ووجهه ان ما يفعله الوصي او الاب جائز على الصغير من البيع والشراء متحريا
لغبطة الصغير وليس تسليم الشفعة بآكد من ذلك فيجب ان يجوز فكذلك
ان سلمها لعدم مال اليتيم لان ذلك في تلك الحال لا يمكن غيره فهو كان يبيع ماله للانفاق
عليه اذا لم يكن غيره فاما لو تركها تهاونا فقد ضيع حقه فلا
يصح ما فعله الا ترى انهما لو باعا ماله بما لا يتغابن لا يصح البيع وكذلك لو وهبا
شيئا من ماله لم تصح هبتهما فكذلك تسليمهما شفعته لا على الوجهين اللذين بينا
يجب ان يكون غير صحيح فوجب اذ ذاك ان يكون الصغير على شفعته اذا بلغ
فان بلغ الصبي وطلبها وادعى المشتري ان اباه او وصيه قد سلمها للوجهين او لاحدهما
كانت البينة على الصبي واليمين على المشتري لان الاصل فيما يفعله الاب والوصي
في مال الصبي الجواز حتى يثبت خلاف ذلك قال واذا وهب اب الصبي شيئا للصبي
واستحق الصبي بها شفعة فسلمها الواهب جاز تسليمه وهذا ايضا يجب ان يكون محمولا
على ما بيناه ومفسرا على ما قدمناه

مسألة

قال ولو سلم ذو الشفعة
شفعته قبل وجوب البيع لم يكن ذلك شيئا وكان على شفعته بعد البيع لانه سلم ما لا
حق له فيه فاشبه تسليم الاجنبي واذا بطل التسليم صح ما قلناه من انه يكون بعد البيع
على شفعته يؤكد ذلك ما ثبت من ان الواهب لو وهب ما لا يملك كانت الهبة باطلة
عنه والله اعلم واحكم بالصواب وبالله التوفيق حسن الختام ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم

القول في أخذ المبيع بالشفعة

باب القول في كيفية أخذ المبيع بالشفعة إذا كان

للرجل شفعة فليس له أخذها إلا برضى المشتري أو بحكم الحاكم لأن الأملاك إذا كانت
في دار الإسلام لا تخرج عن ملك الملاك إلى غيرهم مع سلامة الأحوال إلا برضى
الملاك أو بحكم الحاكم **مسألة** قال وللشفيع أخذ المبيع من وجده في يده لأنه
كسائر الأملاك إذ لا خلاف أن الشفيع إذا حكم الحاكم له بالشفعة ملك المبيع
وكان أولى به من المشتري فإذا أخذه من المشتري كان الأحوط أن يحضر البائع
لئلا يقع فيه التجاحد بين البائع والشفيع **مسألة** قال وإذا اشترى عدة
من الناس ضيعة لرجل فيها شفعة في جميع الحصص فله أن يطالب من شاء بالشفعة
ويسلمها لمن شاء فإن اشترى الجميع رجل واحد فليس للشفيع إلا أخذ الجميع أو ترك
الجميع وذلك أن الشراء إذا وقع من عدة كانت بياعات مختلفة كل واحد منها منفرداً
عن صاحبه فوجب أن يكون للشفيع الخيار في كل واحد منها بين الأخذ والترك كالبيع
الواحد إذا وقع وللشفيع فيه شفعة كان الخيار في ذلك إليه فأما إذا كان
المشتري واحداً فليس له إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع كالدار الواحدة إذا بيعت جميعها
واشتراها رجل واحد ألا ترى أن الشفيع ليس له إلا أخذها كلها أو تركها وليس له
أن يأخذ البعض منها ويترك البعض وكذلك الضيعة الواحدة وقال ش
إن اشترى رجل من رجلين حصتين كان للشفيع أن يأخذ ما شاء منهما ويدع
ما شاء لأنها كالصفقتين وقد بينا فساده والذي يجيء على هذا أن يكون الاعتبار
بالمشتري لنفسه اشترى أو لغيره من الناس أن البيع إذا كان صفقة واحدة
فليس للشفيع إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع وإذا كان المشتري عدة فله أن يأخذ
نصيب من شاء سوى اشتروا لأنفسهم أو لغيرهم لواحد أو لجماعة وسوى كان
البائع واحداً أو جماعة لاعتبارهم وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ولا فرق بين
الدار الواحدة والدور المتلاصقة إذا لم يكن بين الدور حائل لم يدخل في الشراء
وكان الشفيع جار ملاصقه لكل واحدة من الدور **مسألة** وإذا اشترى
المشتري داراً أو أرضاً بمائة دينار فجاء الشفيع وقد استهلك من أبوابها وأشجارها
ما قيمته خمسون ديناراً أخذ الشفيع الباقي بخمسين ديناراً وهكذا لو اشترى

تخلاف وعليها ثمر ووجهه ان الشفيع يستحق الجميع بجميع الثمن فان استهلك المشتري
بعض ما انطوى عليه البيع وجب ان يحط حصته من الثمن قل او كثر فان كان
ذلك تلف بغير جناية من المشتري كان يتلف بالحريق او الريح او السيل فليس
للشفيع الا اخذ الباقي بجميع الثمن او تركه لانه بصير اولى بالعقد بجميع الثمن
يوم عقد البيع فاذا اخذه كان في الحكم كانه اخذه منه يوم عقد البيع فيكون
الضرر داخلا عليه في ملكه فاذا اخذه المشتري فكانه اتلف حق الشفيع فلزمه
الضمان وانما لم يضمنه القيمة لانه لم يكن متعديا فيه وكان متصرفا في ملكه واوجبنا
حط ما حصته من الثمن عن الشفيع ويوضح ذلك انه لا يخلو من احوال ثلاثة
اما ان يقول للشفيع خذ الباقي بحصته بقيمته او يضمن المشتري قيمة ما اخذ على
التحقيق او يقول للشفيع خذ الباقي بحصته من الثمن ولا يجوز ان يقول له خذ الباقي
بقيمته لانه يؤدي الى ان يربح المشتري او يدخل عليه الخسران وكلا الامرين فاسد
لانه يخالف موضوع الشفعة لان موضوعها ان ياخذ الشفيع ما ياخذ بما بذله المشتري
من الثمن او ما يقوم مقامه ووجه الربح فيه ان يكون المشتري اشتراه بدون
قيمته فيكون قد انتفع بما انتفع واخذ من قيمة الارض فوق ما اشتراه به ووجه
الخسران ان يكون اشتراه بازيد من قيمته فاذا اعطاه القيمة كان قد اخسره
وهذا الربح والخسران يجوز ان يتفاوتا ويتعاطيا فقسد ذلك ولا يجوز ان يقول
للمشتري اضمن قيمة ما اخذت لوجهين احدهما ان يؤدي الى ما ذكرنا من الربح
والخسران وربما ادى الى ان يجب للشفيع اخذ الباقي بغير بدل بان تكون قيمة
المستهلك محيطة بالثمن وهذا لا معنى له والوجه الثاني ان المشتري استهلك
ملك نفسه فلا وجه لتضمينه فاذا بطل هذان الوجهان لم يبق الا الوجه الثالث
وهو ما قلناه ان الشفيع ياخذه بحصته من الثمن وليس كذلك اذا كان التالف تلف
بغير فعل المشتري لانا لو قلنا للشفيع خذه بدون الثمن كنا الزمنا المشتري
الخسران وهو خلاف موضوع الشفعة وعلى هذا يجب ان كان المستهلك غير المشتري
بان استهلكه غاصب ان ياخذه بجميع الثمن فان كان المشتري اخذ من الغاصب
قيمة ما استهلك اخذ الباقي بحصته من الثمن وهكذا حكم الثمر والزرع ان كان
اشتراها مع الاصل ثم قام الشفيع **مسئلة** قال فان اشتراها وحده ولا ثمر فيها

ثم أثمرت فاستهلك الثمر ثم جاء الشفيع فإنه يأخذه بجميع الثمن ووجهه أن
الثمرة خرجت في ملك المشتري فانتفع هو بها وليست الثمرة مما انطوى عليه عقد
البيع الذي صار الشفيع أولى به فوجب أن تكون خالصة للمشتري ما غرم فيها لأن
الثمرة كسائر أملاكه التي لا حق فيها للشفيع وهكذا يجب أن يكون حكم
الزرع فإن جاء الشفيع والثمرة قائمة في الأشجار فالشفيع أولى بها ويغرم للمشتري
ما غرم فيها لأن الثمرة وجدها الشفيع قائمة فيما استحقه من الأشجار فجرى
مجرى ما انطوى ولأنه زيادة في عين ما استحقه الشفيع كالقول في الزيادة التي يلحقها
البائع في ماله إذا وجده عند المفلس ويمكن أن يتعلق له بقوله صلى الله عليه
وآله وسلم الشفعة فيما لم يقسم وهذا لم يقسم لأنه لم يزايل الشجر فألزمنا الشفيع
ما غرمه المشتري لئلا يلزم المشتري ضرر فيما انتفع به الشفيع **مسألة**
قال وإذا جاء الشفيع وقد بنى المشتري أو غرس فإنه إن كان فعل ذلك ولا شفيع
هناك لزم الشفيع قيمة البناء والغرس يوم يستحق الرقبة بالشفعة ووجهه أن المشتري
بما بنى في ملكه المستقر ولم يتعد فيه فلا وجه لإدخال الضرر عليه فيما يمكن الشفيع
الانتفاع به وإن بنى والشفيع قد طلب الشفعة لزمه نقض ما بنى وقلع ما غرس
وسلم الأرض كما اشترى ووجهه أنه بنى وغرس وقد تعلق ملكه لتوجه الاستحقاق
عليه ولأنه أيضا هو المعرض ماله للضرر وفعل له حاله لم يسلم الشفعة
للشفيع واستمر على إمساك الشيء وعمارته فكان ذلك ضربا من التعرض ولهذا
ألزمناه تفريغ الأرض وأما إذا بنى ما لا ينتفع به في غالب الأحوال لزم المشتري النقض
على الوجهين لأن ما يلزم الشفيع من الغرم إنما يلزم بشرط انتفاعه على ما بيناه فإذا لم يكن
فيه نفع لم يلزم **مسألة** قال وإذا اشترى المشتري بثمن معجل فعلى الشفيع
تعجيل الثمن لا خلاف فيه فإن اشترى بثمن مؤجل أخذه الشفيع مؤجلا
قلناه في التحرير تخريجا ثم وجدناه في الفنون منصوصا وحكي مثل قولنا عن
مالك وذهب أبو حنيفة وأصحابه والشافعي إلى أن الشفيع يخير بين أن يأخذه
ويعجل الثمن وبين أن يصبر إلى حلول الأجل فيأخذه إذ ذاك ويوفر الثمن ووجهه
ما ذهبنا إليه أن الشفيع يصير أولى بالعقد من المشتري على جميع وجوهه
حتى يكون المشتري فيه كالوكيل ألا ترى أنه لو اشتراه بثمن له صفة استحقه المشتري

بثمن على تلك الصفقة وكذلك يكون فيه للشفيع من خيار الرؤية ما كان
للمشتري وكذلك ان علم بعيب رضيه المشتري واخذه لم يكن له الا ما كان للمشتري
فوجب ان يكون كذلك حال الاجل بالثمن **فان قيل** هذا يؤدي الى ان يلزم المشتري
ذمة لم يرض بها **قيل** له وما في ذلك ان الزمه الحكم وليس لهم ان يردوا ذلك
الى الدين المؤجل اذا مات من هو عليه لان عندنا انه يثبت على الورثة مؤجلا ولا
يجب فيه التأجيل نص عليه السلام في مسائل النيروزي على انا وجدنا في الاصول
الزام ذمة لا يرضاها الخصم فلا وجه للتعلق بما تعلقوا به **فان قيل** فما تقولون
في المشتري اذا كان له الخيار فجاء الشفيع هل يأخذ مع الخيار او يبطل الخيار **قيل**
له لا نحفظ في ذلك نصا عن اصحابنا والاقرب على اوضاعهم ان يأخذه الشفيع
وله الخيار الذي كان للمشتري وان كان اصحاب ابي حنيفة قد نصوا على ان الشفيع
يأخذه ويبطل الخيار الذي كان للمشتري **مسألة** قال واذا اشترى
المشتري دارا بالف ثم باعها بالف ومائة ثم باعها المشتري الثاني بالف ومائتين ثم باعها
المشتري الثالث بالف وثلثمائة وكذلك لو تنوسخت وكثر ذلك ثم جاء الشفيع
قضي له بالدار فان كان طلب الشراء الاول فانه يخرج الى المشتري **الاول** الاخير
الفا ويرجع هو على بايعه بثلثمائة ويرجع هو على بايعه بمائتين ويرجع هو على بايعه وهو الاول ثم
بمائة ووجهه انه استحق الشراء الاول فطالب به وفسخ سائر الاشرية التي وقعت
بعده فلزمه الثمن الاول لمن اخذ الدار منه ووجب له الرجوع فيما زاد على الالف
على من باعه

الثالث على من باعه ليرجع اليه جميع ما خرج عنه وكالمغتصب

جميع الثمن ليرجع اليه جميع

ما خرج عنه وكذلك ان كان البائع الاول باع وفيها ثمر فاستهلكه المشتري الاول
او باع منها بعضا للشفيع ان يأخذ الدار من المشتري الاخير ويعطيه الثمن وقد
حط عنه قيمة المستهلك ثم هو يرجع على بايعه بما ان كان اشترا الا بمثل ما اشتراه
الاول والوجه ما بينا لا فيما تقدم **مسألة** قال واذا اخذ الشفيع المبيع
كتب العهدة على من اخذ المبيع منه فاعطاه الثمن من البائع او المشتري اما اذا اخذه
من المشتري فلا اشكال فيما ذكرنا لان البائع قد ازال ملكه وانتقل الى المشتري الملك

تاما ولا معاملة بين الشفيع والبايع واما اذا اخذه من البايع وجب ان يكتب
عليه العهدة لان البيع الذي كان بين البايع والمشتري يبطل باخذ المبيع من
البايع لان تمام البيع موقوف على التسليم فاذا بطل التسليم بطل البيع الا ترى
ان تلف المبيع يوجب بطلان العقد بفوات التسليم فاذا كان ذلك كذلك صار
كان البيع بين البايع والشفيع وبري المشتري من المعاملة فكذلك قلنا ان
العهدة تكتب على البايع دون المشتري وقال ابو حنيفة واصحابه اذا كان المبيع
في يد البايع لم يقض الحاكم بالشفعة الا بحضور البايع والمشتري لان الحكم
يتوجه عليهما لان المشتري يجب ان يفسخ عليه شراه ويحكم عليه بذلك والبايع
يجب ان يحكم عليه لان المبيع يوخذ من يده قالوا وان المشتري لو لم يحضر لكان فيه قضا
على الغايب وذلك لا يجوز واما على اصولنا فيجوز (جايز) لانا نرى القضا على الغايب

مسائل ليست من التجريد لكن بنا هذا موضعها

قال ابو حنيفة اذا قال المشتري الدار التي تشفع بها ليست لك انما انت فيها ساكن
فالبينة على الشفيع انها ملكه وقال ابو يوسف ومحمد البينة على المشتري انها
ليست له وروي عن محمد انه قال القياس ما قال ابو حنيفة لان البينة التي يقيمها
المشتري اما ان تكون بينة على النفي او بينة على انها لفلان وفلان لا يدعيها
فلا معنى للبينة على هذين الوجهين وبينة الشفيع بينة على دعواه فوجب
ان تكون هي الاولى وايضا الشفيع هو المدعي لانه يريد ان يلزم الغير حقا لكون
الدار ملكا له والمشتري منكر فوجب ان تكون البينة على الشفيع واليمين على المشتري

مسألة والاشهاد على طلب الشفعة يحتاج اليه لئلا يقع التجاحد
وقت الطلب او الالتباس فاما للثبوت او الاستحقاق فيكفي الطلب نص في
العيون على ان الكري لا شفعة فيه ونص فيه على ان طلب الشفيع الشفعة
من المشتري لا يرخص له في منع البايع من الثمن ونص في الاحكام في غير
موضع على ان الشفيع يلزمه دفع ما اخرجه المشتري من الثمن ونص ان من
اشترى ارضا بارض فقام الشفيع فيها او فيهما لزمه قيمة الذي هو عوض لما
طلبها فدلت هذه الجملة على ان الثمن ان كان ماله مثل من الدراهم او الدنانير او ما لزمه

يكال او يوزن فعلى الشفيع دفع مثل ذلك الثمن وان كان الثمن مما يجب تقويمه لزمه قيمة ذلك ارضا كانت او عبدا او ثوبا او غير ذلك مما اشبهه وهذه الجملة مما لا اعرف فيه خلافا ونص في المنتخب على انه ان كان اشترى بما يكال او يوزن كالحنطة او الشعير ونحوها فللمشتري على الشفيع مثله

كتاب الاجارة

باب القول فيما يصح من الاجارة او يفسد الاجارة

الصحيح ان يستاجر الرجل شيئا معلوما له نفع معلوم باجرة معلومة الى مدة معلومة اولها كذا وآخرها كذا او يتقبل عملا معلوما باجرة معلومة فان دخلت الجهالة في شيء من ذلك فسدت الاجارة قولنا له نفع معلوم المراد ليس ان يكون النفع معلوما على الجملة كان يعلم ان الارض تكترى للزرع او للبناء او الدابة للسكنى او الرحى للطحن ولا يجب ان يكون مقدار الزرع معلوما ولا من يسكن في الدار مع المستاجر من الاهل والولد وغيرهم معلوم العدد ولا الطحن معلوم القدر لان ذلك لا يكل ويتعذر فيه الحصر فاما اول المدة فان ذكره كان اوكد وان سكت عنه كان من حين يقع عقد الاجارة واما ذكر آخر المدة فلا بد من ذكره فان قال الى شهر او الى سنة كان آخر المدة مذكورا لان انقضاء الشهر او السنة يكون آخر المدة واما استيجار الدولاب فذكر المسافة فيه يقوم مقام ذكر المدة والاصل في تثبيت الاجارة قول الله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وقال موسى لصاحبه لو شئت لاتخذت عليه اجرا وقال شعيب لموسى عليهما السلام على ما ورد في التفسير اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تأجرني ثماني حجج وقال صاحب يوسف ولمن جاء به حمل بعير وهذا يكون على سبيل الاجرة فدل جميع ذلك على ان الاستيجار كان في شرائعهم صلوات الله عليهم وروي ان النبي صلى الله عليه وآله لما اراد الهجرة استاجر رجلا خريتا فاخذ به صلى الله عليه وآله وبابي بكر على طريق الساحل وروي ان رسول الله صلى الله عليه وآله اشترى من رجل سراويل وثم وزان يزن بالاجرة فدفع رسول الله صلى الله عليه وآله اليه الثمن ثم قال ارجح وفي حديث ابن الجيب وقاص ان النبي صلى الله عليه وآله رخص ان تكترى الارضون بالذهب والفضة على انه اجماع الفقهاء وقد تواترت الخلف عن السلف من الصدر الاول الى يومنا هذا فاما وجه ما ذهبنا اليه من انه

من ان المدة والنفع والاجرة والعمل والمستاجر يجب ان تكون معلومة فهو مما اجمعوا
عليه من ان الاجارة بيع المنافع وانها جارية مجرى البيوع في ان دخول الجهالة تفسدها
وقد علمنا ان دخول الجهالة في بعض ما ذكرنا ليس باولى بالافساد من بعض وقلنا ان الجهالة
يجب ان تنتفي عن جميع ما ذكرنا وايضا روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال من
استاجر اجيرا فليعلمه اجره فاوجب ان تكون الاجرة معلومة واذا اوجب كونها معلومة
وجب كون ما يقابلها من العوض معلوما كالبيع والسلم لما وجب كون المسلم فيه معلوما
لقوله صلى الله عليه وآله وسلم فليسلم في كيل معلوم الى اجل معلوم وجب ان يكون
ما يقابله من العوض وهو الثمن الذي يعجله المسلم معلوما **مسألة** والاجارة
الصحيحة تنتقض لعذر ولا تنتقض لغير عذر وانتقاضها لغير عذر يحكى عن بعض
القدماء يقال انه قول شريح وليس بذلك الظاهر والاجماع قد قطع ذلك فانه
قد يحتج قايله بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود وقوله صلى الله عليه
وآله وسلم المسلمون عند شروطهم وعن الشافعي انها لا تنتقض للعذر وما ذهبنا
به قال ابو حنيفة واصحابه ووجهه ما لا اشكال فيه ان من كان له عبد مسبوت
فظنه ميتا واستاجر اجيرا ليحفر قبره ويدفنه ثم علم انه حي انه لا يجب ان يمكن
الاجير من دفنه ليستحق الاجر وكذا من استاجر من يقلع ضرسه لوجع به او يكوي
له عضوا لعلة تقتضيه ثم زال العارض من الوجع والعلة انه لا يجب تمكين الاجير
مما استؤجر عليه فيستحق الاجرة فوضح بما بينا ان الاجارة تنتقض ثم وجوه
المعاذير تكثر **مسألة** واذا اجر الرجل دارا من رجل ثم باعها من رجل آخر قبل
انقضاء مدة الاجارة فان كان باعها من ضرورة انفسخت الاجارة ويسلمها البايع الى المشتري
وان كان باعها لا من ضرورة لم تنفسخ الاجارة وكان المستاجر اولى بها الى انقضاء المدة
ووجهه انه باع لسد رمق جوعه او جوع اهله فوجب ان يعذر فيه كان يركبه
الدين ولا مال له سواها ويحبسه الحاكم ويعجز عن مؤنة اهله وعياله وما اشبه
ذلك فان كان باعه لغير عذر فالاقرب ما روي عن ابي يوسف ان ذلك يكون كالعيب
في الدار فان شاء المشتري صبر الى حين انقضاء الاجارة وان شاء فسخ البيع لتعذر التسليم
ان لم يكن عرف ذلك قبل البيع ولو ان رجلا استاجر دارا ليسكنها اشهرا معلومة لم يكن
له تسليمها قبل انقضاء المدة ولا له اخراجه عنها قبل ذلك سوى تقابضا الاجرة

ام لا وهذا على ما بيّنا من كونها معذورين او غير معذورين **مسألة**
فان انهدمت الدار وجب على صاحبها اعادة بنائها ان كان موسرا ليتم سكنى المستاجر
وكذا قال الشافعي وعند ابي حنيفة تسقط اجرة ما بقي من المدة وحكي عن
ابي ثور ان الاجرة كلها لازمة ووجه ما ذهبنا اليه ان العاقد على نفسه لغيره عقد معاوضة
يلزمه تسليم ما التزم تسليمه بالعقد فان كانت له مؤنة غرمها كالذي من اسلم في
شيء لحمله مؤنة واشترط تسليمه في مكان ان صاحب السلم يلزمه ان يغرم مؤنة
الحمل ليصح تسليمه ما التزم بعقد المعاوضة يقال يلزمه ذلك لانه انفاق على ما في
نفسه ليصح منه تسليم ما التزم بعقد المعاوضة تسليمه واصله ما ذكرنا في
السلم ثم الاصول تشهد لذلك لان من باع ثورا بعيرا فعليه تسليمه الى المدة التي
وعليه تسليمه وكذلك الصانع والنجار وغيرهما من الصناع ان استوجروا على عمل
لهم يلزمهم مؤنة آلاتهم ليتم لهم تسليم ما يتقبلونه من العمل وهكذا الو تزوج
رجل بامراة وهي حائض فطهرت مع طلوع الشمس وطالبها الزوج بالدخول فعليها مؤنة
الاغتسال ليتم تسليم البضع الذي التزم تسليمه بعقد النكاح ونظائره كثيرة
واما ما يذهب اليه ابو ثور فبعيد لان الاجرة هي بدل المنافع فاذا تلفت
المنافع بطلت الاجرة كما ان السلعة المشتراة اذا تلفت قبل التسليم بطل
الثمن فان كان معسرا انفسخت فان ايسر قبل انقضاء مدة الاجارة
حكم عليه بالبناء وذلك ان الاجارة على ما بينا لا تنفسخ للعذر والاعدام
عذر ومعنى الفسخ انما هو ان تسقط مدة الاعسار يفسخ ولا يفسخ اصل العقد
لان اصل العقد لو انفسخ لعاد فيما يسكن الكراء المثل فاذا كان ذلك كذلك
فهو مطالب بالبناء اذا ايسر في مدة الاجارة لان العذر قد زال والعقد قائم
في المدة التي كان فيها معسرا **مسألة** قال ولو ان المستاجر لم يفرغها
لصاحبها ولم يسلمها اليه بعد انقضاء مدة الاجارة وجب عليه اجرة ما
سكنها هذا اذا لم يفرغها بعد انقضاء المدة يكون في حكم الغاصب في ايجاب الاجرة عليه
وتكون اجرة المثل ونصه على ايجاب كرى المثل عليه يدل على ان من مذهبه
ايجاب كرى المثل على الظالم اذا استعمل المغصوب او عطله على صاحبه قال وان تعذرت
عليه لغيبة صاحبها حملها اجزاه ان يفرغها ويشهد على ذلك ولو لزم المفتاح وجهل ان يكون

كذا



حافظاً لها لصاحبها ولا يكون في حكم الغاصب كالملتقط ان التقط لنفسه يكون
غاصباً وان التقط للحفظ على صاحب اللقطة لم يكن غاصباً **مسألة** قال
القاسم عليه السلام ولا بأس ان يستأجر الارض بطعام معلوم من حنطة او
شعير او غيرهما ووجهه ان هذا يدخل في جملة الاعواض في العقود كالبيع
والنكاح والخلع واستيجار الضياع ويجري مجرى الذهب والفضة في ان العقد
يصح به وكذلك الاجارات والمعنى انه مما يجوز ان يجعل عوضاً في سائر العقود
على ان هذا معروف في تعامل المسلمين والخلاف فيه شاذ **فان قيل** روي
ان رسول الله صلى الله عليه وآله رخص في اجارة الارض بالذهب والفضة **قيل**
له وما في ذلك مما يمنع من كون الطعام مثلهما اذ لا دليل **مسألة** قال
ولا تنفسخ الاجارة بموت المستأجر ولا المستأجر منه وبه قال الشافعي وخالف
فيه ابو حنيفة واصحابه وانما قلنا ذلك لانه عقد صحيح اوقعه العاقد في
ملكه فيجب ان لا ينفسخ بموته دليله من زوج امته ثم مات وان شئت قلت
دليله الرهن فانه لا ينفسخ بموت الراهن ولا المرتهن **فان قيل** نكاح الامة
ينفسخ بموت الزوج **قيل** له هذا لا يعترض قياسنا ولا يمكنهم ان
يجعلوه اصلاً الا ان هنا مما لا يجوز فيه النيابة ولا فيه يقوم غيره كالوكيل
والوارث ويشهد سائر العقود لما ذهبنا اليه كعقد البيع وعقد الهبة وعقد
الوصية على ان الوارث لا يجب ان يكون اوكد حالاً من الموروث واذا لم يكن
للموروث فسخ الاجارة فكذلك الوارث **فان قيل** فما تقولون في الموقوف
عليهم اذا اجر الوقف ثم مات هل يبطلون اجارته **قيل** له الوقف
عندنا على ضربين وقف لا يقوم الورثة مقامه من جهته فذلك يبطل ووقف
يقوم الورثة فيه مقامه من جهته فاجارته لا تبطل على ان هذا لا يعترض علينا
لان هذا عقد لم يوقعه العاقد في ملكه لان الوقف ليس بملك **فان قيل**
الوقف منتقل الى الوارث والنفع حادث على ملكه فوجب ان تبطل الاجارة
اذ غير جائز استيفاء المنافع من ملك من لم يتعقد في ملكه **قيل**
له هذا منتقض بالجارية يزوجها صاحبها ثم يموت لان الزوج يستوفي منافع
البضع من ملك من لم يعقد في ملكه وكذلك المكاتب اذا مات المولى لم تنفسخ

الكتابة واستوفى المنافع ولا خلاف ان رجلا لو اوصى بخدمة عبده لرجل
صح ذلك ولم تنفسخ الوصية لانتقال الملك الى الوارث فكذلك الاجارة على ان
رجلا لو اجر عبده ثم باعه ورضي المشتري بالتاخير الى التسليم لكان المستاجر عندنا
وعند ابي يوسف يستوفي المنافع في ملك من عقد في ملكه **فان قيل** اذا
مات المستاجر فقد انتقل ملكه الى الوارث فلا يجوز ان يستحق عليه الاجرة بعد
موت المورث لان ذمته قد بطلت بالموت فلا يلحقه الدين **قيل** له لسنا
نزعم ان الدين يلحقه بعد الموت وانما نقول انه ينتقل الى الوارث لانتقال المنافع
اليهم كالاعيان اذا انتقلت اليهم انتقلت انما اليهم على ان المنافع المعدومة
في باب الاجارات كالاعيان الموجودة فيجب ان تنتقل الى الوارث **مسألة**
قال ولو ان رجلا اكترى من رجل جملا بعينه او لا بعينه على حمل بعينه فحمله المكاري
فتلف الجمل وجب على المكاري حمله على غير ذلك الجمل الى حيث تشارطا عليه ولم
يتعين الجمل وحكى الكرخي مثله عن اصحابه وهذا اذا كان الغرض المقصود هو تسليم
الحمل الى الحال ولم يتعلق الغرض بالجمل وانما ذكر الجمل على سبيل التبع فاذا كان ذلك
كذلك لان الجمال كالاجير المشترك في جميع احكامه ولزمه حمل ذلك
الحمل ان شاء على ذلك الجمل وان شاء على غيره وذكر الكرخي الحمل هو على التوسيع في هذه
المسئلة والاصل فيه ان الناس يحملون على العرف والعادة وعادة الناس
ان اغراضهم في حمل ما لهم دون المحمول عليه قال وكذلك ان وكل رجل رجلا
بان يكري جمالا ويحمل عليها واكراها على ما بينا ثم تلفت الجمال وجب عليه ان يشتري
او يكتري بدلها ليبلغ الاحمال الى حيث اشترط ويكون ذلك من مال الموكل وهذا كله اذا
كان الاستيجار وقع على الحمل وتعين ذلك قال وان استاجر جمالا باعيانها على ان يحمل
عليها المستاجر ما يحمل على مثلها من غير تعيين الحمل وقبضها المستاجر ثم تلفت
لم يجب على الجمال بدلها لتعينها قلنا ذلك لتنصيصه على ان من استاجر عبدا
للخدمة وقبضه فمرض العبد او مات لم يجب على المستاجر منه ابداله وذلك
لان الاستيجار لم يقع على الحمل وانما وقع على الجمل والعبد فاذا اتلف لم يلزم
المستاجر منه شيء وهذا مما لا خلاف فيه قال فان استاجر على هذا الجمال
ليثبت للمستاجر منه بطلت الاجارة وذلك ان هذه الاجارة تكون متعينة في

الجمال

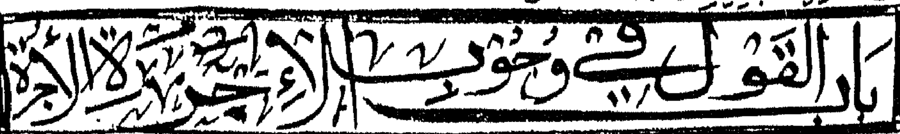
في الجمال وليس يصح ان يوجر ما ليس عنده كما ليس يصح ان يبيع ما ليس عنده
لانا قد بينا ان الاجارة تجري مجرى بيع الاعيان قال وان استاجر منه جمالا ليست
عنده على ان يشتري اجمالا ويحمل عليها احمالا بعينها صحت الاجارة وتعينت في الاحمال
ولزم الجمال حملها الا لعذر وهذا لان الاجارة تعينت في الاحمال ولم تتعين في الجمال
كما بينا في المسئلة الاولى فلا معتبر بان يكون عند المكاري جمال او لا تكون لان الواجب
عليه هو حمل الاحمال فقط وليس عليه تسليم الجمال فجاز له ان يكتري لهذه الاحمال
اجمالا ان شاء او يشتريها **مسئلة** وان كانت عند رجل جمال فاكراها بعينها
رجلا على ان يحمل عليها احمالا ثم اكراها كذلك رجلا آخر كان المكتري اولا اولى
بالجمال فان التبس ايهما اكترى اولا كانت الجمال بينهما هذا اذا تعينت الاجارة في الجمال
ولزم الجمال التسليم لان الاجارة الثانية تكون فاسدة كمن باع سلعة من واحد
ثم باعها من آخر يكون البيع الثاني فاسدا قلنا ان التبس الامر كانت الجمال بينهما
كالشيء يكون في ايديهما او لا يكون في ايديهما فيقيم كل واحد منهما بينة انه يكون بينهما
مسئلة قال وان استاجر رجل من رجل شيئا واشترطا فسخ الاجارة
متى اراد كان لهما ان يفسخاها متى ارادا **مسئلة** قال ولو ان رجلا استاجر عبدا
من رجل على ان يستخدمه وقبضه من صاحبه ثم مرض العبد او مات او ابق لم يجب
على المستاجر منه ان يدفع بدله الى المستاجر ويحاسبان على ما خدم قلنا ذلك لان
الاجارة تعينت في العبد وبطلت منفعته على وجه لا يمكن صاحبها اعادتها فوجب
ما قلناه ولم يكن سبيلها سبيل الدار المستاجرة تنهدم لان تلك المنافع ويمكن
اعادتها ولا يجب تبديله لتعيين الاجارة فيه وليس سبيله سبيل الجمل
الذي يجب تبديله لتعيين الاجارة في الحمل دون المحمول عليه **مسئلة**
قال ولو ان رجلا استاجر من رجل دابة ليحملها من موضع الى موضع ثم بان لهما ان
الطريق مخوف لا يومن على النفس او المال كان لكل واحد منهما ان يفسخ الاجارة
وعلى المستاجر قسط الاجرة ان كان قد سار بعض الطريق قد بينا ان الاجارة
تنفسخ للعذر ومن ابين العذر ان لا يامن الانسان على ماله وحرمه فلذلك قلنا
ان الاجارة تنفسخ وليس الخوف المذكور ما يعترض مثله في اكثر الطرق والمسالك
ولكنه الخوف الشديد الذي يغلب على الظن فيه العطب ويضعف رجا

السلامة واوجبنا قسط الاجرة الى حيث انتهى لان المستاجر استهلك المنافع
فيجب ان يوفي ما قابلها من العوض **مسئلة** قال واذا اختلفا في الكراء فقال
المكري اكريت بعشرة وقال المكتري اكتريت بخمسة فالبينة على المكاري
واليمين على المكتري وذلك لان المكاري مدعي لزيادة خمسة والمكتري منكر
وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وهكذا
قوله في البائع والمشتري اذا اختلفا في زيادة الثمن **مسئلة** قال واذا دفع
الرجل الى الرجل حديدا ليعمل له شكا لين بثلثه او ربعه او جزء منه معلوما او دفع
اليه طعاما على ان يحمله بثلثه او ربعه او جزء منه معلوم كان ذلك جائزا والوجه
انه اذا عين منه جزءا معلوما للاجرة وبين للباقي عملا معلوما كانت الاجارة
صحيحة الا ترى انه لو استاجره على ذلك العمل بشيء سواه صح فكذلك اذا
استاجره بجزء منه معلوم يبين ذلك انه لو استثنى بذلك الجزء شيئا صح
الشراء فكذلك اذا استاجر به صحت الاجارة **مسئلة** قال ولو ان
رجلا استاجر ظئرا لصبي على الارضاع مدة معلومة فسقته مدة نحو
النصف من تلك المدة من لبن السائمة كان له ان يفسخ عقد الاجارة وللمراة
فيه ما سقت واستحقاق الظئر ما تبه عليه قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن
اجورهن وهو مما لا خلاف فيه ولجاز فسخ الاجارة ان كانت سقته لبن السائمة
فا كاعرف منها خلاف الواجب في الضرورة وقلة الفكر في مصالح الصبي خيف منها
على الصبي فصار ذلك عذرا يجوز معه فسخ الاجارة واوجبنا قيمة اللبن لانه
يتعلق وان كان دون لبن المراة والظئر دخلت فيما دخلت بعقد الاجارة
والتماس العوض فلم تكن متبرعة قال وان مرضت المراة كان لكل واحد
من الظئر واهل الصبي فسخ الاجارة اما الظئر فلها ان تفسخ للعجز العارض لها
وتعذر القيام بما التزمته بعقد الظئورة وهذا من ابين المعاذير لا يكلف الله نفسا
الا وسعها واما لاهل الصبي فسخ الاجارة لوجهين احدهما ما يخشى من اختلال
الامر في تعاهد الصبي وتفقده لذلك مما يضره والثاني ان لبن العليلة
يكون متغيرا من جهتها وربما امرض الصبي ويضره اضرارا شديدا فيجوز لذلك
فسخ الاجارة لان جميع ذلك عذر على ما بينا **مسئلة** قال ولابن

بالاجارة

بإجارة الآلات الصناعية والحداديد والحبال بأجرة معلومة في مدة معلومة
فإذا انقضت الإجارة كان على المستأجر ردها إلى صاحبها إلا أن يكون
اشترط على صاحبها حملها أجزنا إجارة هذه الآلات لأن لها منافع معلومة يمكن
استيفاؤها كمنافع الدور والحيوان على أنه لا خلاف فيه وقلنا إذا انقضت
مدة الإجارة كان على المستأجر ردها إلى صاحبها لأن صاحبها أذن في كونها مدة
معلومة في يد المستأجر مدة معلومة فلو لم يردها بعد انقضاء تلك المدة كان
في حكم الغاصب ولهذا يوجب عليه كراء المثل إن بقيت في يده مدة معلومة بعد
تلك المدة فأما إذا اشترط حمل صاحبها ومجيئه بعد انقضائها فإن ذلك يكون إذنا للمستأجر
في كون الآلات في يده إلى أن يحملها صاحبها ويجري بعد انقضاء المدة مجرى
الوديعة عنده **مسألة** قال ولو أن رجلا استأجر رجلا على أن يحفر
له بئرا حتى يخرج الماء كانت الإجارة فاسدة فإن استأجره على أن يحفر له أذرعا
معلومة بأجرة معلومة كانت الإجارة صحيحة قلنا إن استأجره على الحفر حتى
يخرج الماء كانت الإجارة فاسدة لأن خروج الماء يتفاوت فربما أخرج
أسرع وربما أبطأ وهذا يقتضي الجهالة فيما عقدت الإجارة عليه فوجب أن تكون
الإجارة فاسدة وقلنا في الثاني إن الإجارة صحيحة لأن ما وقعت الإجارة
عليه معلومة مضبوطة **مسألة** قال وإذا اكترى جملا على أن يحمل له
أرطالا معلومة بأجرة معلومة من المدينة إلى مكة أو إلى عرفة أو الجدة
كان ذلك جائزا وصح لأن الحمل معلوم القدر والأجرة معلومة والمسافة معلومة
فلم يجب أن يعترض فيها الفساد لانتفاء الجهالة عنها فأما التعيين فإنه يحصل
باستيفاء المنافع وبه تستحق الأجرة عندنا فلا يبطل عليه من هذا الوجه
قال وإن دفع رجل ثوبا إلى مناد ليعرضه للبيع وشرط له إن لم يبعه نصف درهم
وإن باعه درهما صح ذلك ووجهه أن الأمرين معلومان وذكر أجرة كل واحد
منهما فالبيع أمر زائد على العرض فلم يمتنع ذلك **مسألة** قال
وإذا اكترى دابة على أن يحمل عليها ألف رطل ولم يسم شيئا معلوما صحت الإجارة
ووجب أن يحمل عليها ما لا يجحف على الدواب ولا يهلكها ووجهه أن المحمول معلوم
القدر وليس يجب التعيين لأن هذا القدر من الجهالة لا يمكن الاحتراز منه

كما بينا في مسئلة السكنى وفي الطحن والزراعة وقلنا لا يحمل ما تعنت الدواب
لأن مثل هذا يرجع فيه الى العادات والعادات جارية على ان لا يحمل على الدواب
ما يعنتها بالاجارات المطلقة ولهذا قال قال اصحاب ابي حنيفة ان اكترى دكانا
جاز له ان يبيع كل شيء فيها ولم يجلس طحانا ولا قصارا ولا حدادا لأن هذه الصنائع
تؤثر في الابنية وكذلك ما ذكرناه





تجب باستيفاء المنافع دون عقد الاجارة صحيحا ولا فصل في هذا الباب
أن تكون اجارة صحيحة او فاسدة وكذا القول في اجرة الصانع انها
تجب بالعمل دون العقد صحت الاجارة او فسدت والدليل على ذلك قول الله
تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن فاوجب ايتاء الاجرة بعد الارضاع
وروي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف
عرقه وهذا يكون بعد العمل وروي عنه انه قال يقول لكم ربكم ثلاثة انا
خصمهم من استأجر اجيرا فاستوفى منه ولم يوفه اجره يدل ذلك على ايجاب
توفية الاجر بعد استيفاء العمل الا ترى ان الذي وجب ان يكون في العقد وهو
كون الاجرة معلومة قال فيه صلى الله عليه وآله من استأجر اجيرا
فليعلمه اجره ولو كانت الاجرة واجبة بالعقد لكان النبي صلى الله عليه وآله
يقول اعطوا الاجير اجره اذا استأجرته وكان يجب ان يقول في الحديث الذي قال
ثلاثة انا خصمهم رجل استأجر اجيرا فلم يوفه اجره فلما لم يقل ذلك وانما
اوجب الاجر بعد استيفاء العمل صح ما ذهبنا اليه من ان الاجرة باستيفاء
المنافع وايضا قد ثبت ان الاجارة كالبيع لانها تجري مجرى بيع المنافع فكما
ان البائع لا يستحق الثمن الا مع تسليم ما يقابله من العوض وهو السلعة فكذلك
المستأجر منه لا يستحق الاجرة الا بتسليم ما يقابلها من العوض وهو استيفاء
المنافع والعلة انه عقد معاوضة فوجب ان يكون توفية العوض والمعوض
منه معا **فان قيل** ما انكرتم ان يكون قبض المستأجر الشيء يوجب
توفير الثمن الاجرة اليه **قيل** ليس ما يقابل الاجرة هو الرقبة وانما هو المنافع

فلا تجب الاجرة بقبض الرقبة اذ ليست هي مقابلة الاجرة على ان قبض الرقبة لا تقتضي ملك المنافع التي هي العوض كما يجب ذلك في البيع الا ترى ان الرقبة لو تلفت انتقضت الاجارة فبان بهذه صحة ما قلناه

فان قيل اذا اجاز النكاح على خدمة شهر لم يخل البضع الذي جعل بدل الخدمة ان يملك جزءاً فجزءاً بحذاء ما يملك من منفعة الخدمة اذ يملك البضع بنفس العقد فان كان يملك في مقابل ما حصل من المنافع

وان لم يحصل العوض المقابل لان ملك البضع غير موقوف على ملك العوض كالبيع يكون ملك المبيع موقوفاً على ملك العوض الا ترى ان البضع يملك بعقد نكاح وان لم يذكر المهر اصلاً او ذكر مهر فاسد على ان البضع ايضاً يملك بمهر مؤجل كالمبيع يملك بثمن مؤجل ونحن لا ننكر جواز اشتراط التعجيل في الاجرة فمن تزوج على خدمة شهر فهو كانه اشترط تعجيل عوض الخدمة وهو البضع لان البضع لا يصح ثبوته في الذمة وهو مشترط فيه للتعجيل حكماً فيلزم ان يشترطه لفظاً كما ان المرأة اشترطت التاجيل في العوض وهي خدمة شهر حكماً ولم يشترط لفظاً فدل جميع ذلك ان البضع لم يملك لكونه اجرة فبطل ما اعتمدوه

فان قيل لو لم تكن المنافع المعدومة في حكم الموجودة المقبوضة لم يجز ان تنعقد الاجارة على اجرة مؤجلة لانه يكون بمنزلة دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله عن ذلك وايضاً كان يجوز للمستاجر ان يؤاجر ما لا يقع القبض فيه وكل ذلك يبين انه في حكم المقبوض

قيل له ان الاجارة وان كانت كالبيع فان البياعات تختلف فيجوز في بعضها ما لا يجوز في بعض الا ترى ان الصرف قد اختص بما لم يختص به غيره من البيوع وكذلك السلم فكذلك حكم الاجارة لا يمتنع ان تختص بامور فيجوز فيها ما لا يجوز في سائر البيوع فلم يجب ما ادعيتموه من كون المنافع في حكم المقبوض على جميع الوجوه على ان هذه المنافع قد جعلت في حكم المقبوض في مواضع وفي حكم ما لم يقبض في مواضع الا ترى انه لا خلاف في ان المستاجر اذا تلف رجع المستاجر بالاجرة ولا يجعل المنافع في حكم المقبوض فاذا ثبت ذلك فهي في الحقيقة غير مقبوضة فلا

يجب ان يجعل في حكم المقبوض الا في المواضع التي اجمع عليها فاما ان اشترطه
التعجيل والتاجيل فهو الواجب لقوله صلى الله عليه وآله وسلم المسلمون عند
شروطهم وقوله عز وجل اوفوا بالعقود وما ذكرناه يدل على ان ذلك حكم
اجرة الصناع واذا ثبت ما قلنا في الاجارة الصحيحة فهو اولى في الاجارة الفاسدة

مسألة كل من استاجر شيئا اجارة فاسدة ثم استوفى منافعه
لزمه اجرة المثل دون المشروط وكذا القول في الصانع ان تقبل عملا من غيره
ان يعقد فعمله فله اجرة المثل وتسليم العمل يجري مجرى العقد الفاسد في الاجرة
والضمان اذا سلمه الصانع لا خلاف فيمن استاجر اجارة فاسدة ثم استوفى المنافع
انه يلزمه اجرة المثل كما ان من اشترى شيئا شراء فاسدا ثم قبضه واستهلكه لزمه
العوض على ان ذلك على مذهبنا اوضح لايجابنا على الغاصب كرى المثل لان المستاجر
اجارة فاسدة احسن حالا من الغاصب ولا يجب المشروط لان وجوبه مستند الى
العقد واذا فسد العقد فلا وجوب ووجه ما قلناه من ان تسليم العمل يجري
مجرى العقد الفاسد ما ظهر التعامل به بين الناس من غير تناكر من المسلمين في
الصناع وهذا كله كما نقول في المحقرات من المطعوم وما جرى مجراها انه يصح تملكه بالقبض
والرضى للعادة الجارية بين المسلمين واجمعوا عليه في دخول احكام العقد عليه

مسألة ولو ان رجلا دفع شيئا الى رجل فقال بعه فما زاد على كذا فهو
لك او بيني وبينك فهو فاسد وله اذا باع اجرة المثل ووجه فساده ان
الاجرة مجهولة وقد بينا ان الاجارة لا تصح حتى تكون الاجرة معلومة كما ان البيع
لا يصح حتى يكون الثمن معلوما واوجبنا اجرة المثل لانه قد عمل واستوفى
صاحبه نفعه فوجبت له اجرة المثل بما عمل

مسألة قال ولو ان رجلا
استاجر دارا شهرا ثم سكنها شهرين وجب عليه اجرة الشهر الثاني وكذلك
ان لم يسكنها الشهر الثاني ولكنه اغلق بابها ولم يسلمها الى صاحبها ولم يشهد على تفريغها
كان له اجرة الشهر الثاني ايضا وكذلك اذا اكترى حمارا يوما فحبسه شهرا وجب
عليه كراء الشهر عمل عليه ام لم يعمل الا ان يكون واقفا عنده لعذر عن رده والخلاف في
هذا بيننا وبين ابي حنيفة لانهم لا يوجبون كراء المثل على الغاصب ونحن نوجبه عليه
وحكمه حكمه في انه غاصب فلذلك اوجبنا عليه الكرى فاما ما كان الحبس لتعذر رده

الرد

الرد فليس بغاصب فلذلك لم توجب عليه الكرى فان استعمله مع ذلك كان غاصبا
ولزمه الكرى **مسألة** قال ومن عمل لرجل شيئا او حمل له بالاجرة كان له
ان لا يسلمه الى صاحبه حتى يستوفي اجرته وقال ابو حنيفة مثل ذلك في الصباغ والصائغ
والخياط والاسكاف ونحوهم وقالوا ليس ذلك للحمال والمكاري ووجه ما ذهبنا اليه ان الحمال
قد فعل في المحمول ما التزمه بعقد الاجارة فوجب ان يكون له حبسه حتى يستوفي
اجرته كالصانع والاصل في جميع ذلك ما لا خلاف فيه من ان للبائع ان يمتنع من
تسليم المبيع الى المشتري حتى يستوفي الثمن ويجب الاستيفاء في الثمن والاجرة مع
تسليم المبيع والعمل معا الا ان يتشاحا فيؤمر المشتري بتسليم الثمن اولا ليتعين
ثم يسلم البائع وهم مرتبا قالوا ان المكاري والجمال ليس لهما عمل قائم في المحمول فليس لهما
الامتناع عن التسليم والصباغ لهم اعمال قائمة فلهم الامتناع من التسليم يريد فيه
الصانع والحداد ونحوهما وهذا كلام لا محصول له لانهم ان ارادوا الكلام في الاعراض
وبقاها فهذا الكلام لا تاثير له فيما نحن بصدده ويمكن ان يقال في الحمال ما يقال في الصانع
وان ارادوا وجها غير هذا فلا محصول له فتكون عبارة لا معنى تحتها على ان النقش
لو قيل على انه ليس بعمل قائم للنقاش في المنقوش كان اظهر وما اظنهم يمنعون
من ان للنقاش الامتناع من تسليم المنقوش حتى يستوفي اجرته **مسألة**
قال ولو استاجر رجل من رجل بعيرا على ان يكون له ما يكري الناس كان ذلك فاسدا
ووجه فساده لان الاجرة مجهولة وقد بينا ان الجهالة في الاجرة تقتضي فساد الاجرة
فان عمل عليه كان له اجرة مثله وان اختلف في ذلك حكم عليه بالوسط من ذلك
قلنا ان له اجرة المثل لان المنافع قد حصلت للمستاجر باجارة فاسدة فيجب له اجرة
المثل على ما تقدم والرجوع في ذلك وفي قيم المتلفات واروش الجنايات التي اختلف فيها انما هو
الى الوسط فلذلك قلنا في هذا انه يرجع الى الوسط لانه اقرب الى العدل ولانه لا يكون
حيف على المستاجر والمستاجر منه قال وكل اجارة صحيحة انتقضت للعذر بعد ما انقضى
سطر منها وجب فيها من الاجرة بحساب ما انقضى ووجهه ان تلك المنافع قد استوفاها
باجارة صحيحة فيجب ان يوفيه ما يقابلها من العوض كما انه لو استوفى الجميع وجب ان
يوفي جميع الاجرة على ان ذلك لا يجب ان يكون اسوا حالا من الاجارة الفاسدة
فلا بد من ان يوفي الاجرة **مسألة** قال ولو ان رجلا استاجر جملا

من المدينة على ان يسير به الى مكة ويحمل من مكة الى المدينة حمولة له فلما انتهى
الى مكة امتنع من ان يحمل عليه لا لعذر حكم عليه بالاجرة وكذلك ان امتنع الحمال
لا لعذر حكم بحمله والاصل في هذا ما بينا لأن من قبل ان الاجارة لا تنتقض الا لعذر
فاذا ثبت ذلك فما استاجر الرجل جملا باجرة معلومة وسلم الحمل لزمه الكرى
ولم يكن له فسخ الاجارة الا لعذر كذلك الحمال ليس له ذلك الا لعذر فمتى
امتنع حكم عليه باتمام ما التزم بعقد الاجارة والزم ان يحمل على جمله ما شرط عليه

مسئلة قال ولو ان رجلا استاجر رجلا على ان يحمل كتابا به الى رجل
ويرجع بجوابه اليه فلم يصادف الاجنبي المحمول اليه ولم ياخذ الجواب او ضاع
الكتاب فلا اجرة له ووجهه ذلك ان الاجارة لا يستحق اخذ الاجرة عليها الا
اذا حصلت على الغرض المقصود فمتى استاجره ليرجع بالجواب اليه ولم يرجع به
وسوى كان ذلك لعائق او لغيبة عائق لم يستحق الاجرة لأن الذي في مقابلتها
من النفع وهو رد الجواب اليه لم يحصل وعلى هذا قال في المنثور من استاجر اجيرا
ليحج عن الميت فانصرف من بعض الطريق لعائق منعه انه لا شيء له من الاجرة
لأن الغرض المقابل للاجرة لم يحصل ولا شيء منه فلم يجب ان يحصل شيء من الاجرة
قال فان استاجره بحملي ان يوصل الكتاب اليه ففعل ذلك استحق الاجرة وان لم يعد
بالجواب لأن الغرض في هذا مقصور على الايصال فمتى حصل ذلك وجب ان يوفى ما
يقابله من الاجرة **مسئلة** قال ولو ان رجلا استاجر من حمال جملا ليحمله
الى موضع معلوم باجرة معلومة فتركه الحمال في بعض الطريق ولم يحمله لم يكن
للحمال من الكرى الا الى حيث حمله فان كان المكتري هو الذي تركه وجب
عليه الكرى الى الموضع الذي شارطه وهذا اذا كانت الاجارة تعينت في الحمل
ولم يكن المكتري سلم نفسه الى الحمال ليحمله فان كان سلم نفسه الى الحمال ليحمله لم يتعين الجواب
في ترك الحمال للمكتري في الوجهين وذلك ان المنافع التي تناولتها الاجارة حصلت الى موضع
مخصوص فوجب ان يكون ما يستحقه الحمال من الكرى ما يقابل تلك المنافع وايهما خالف
يكون مسيئا والحكم ما بينا فاما اذا كانت الاجارة معينة في حمل المكتري فمتى خالف
المكتري الحمال في بعض الطريق فلا اجرة للحمال الا الى حيث حمله لأن المنافع لم تحصل
الا الى ذلك الموضع وان كانت الاجارة متعينة في الحمل وترك المكتري في بعض

الطريق

الطريق والكرى يلزمه الحيث شارطه لانه اكترى الجمل وسلمه ثم لم يركبه
فالمنافع في حكم الحاصل له وان كان هو لم ينتفع بها كما نقول في الدخول ان المرأة
اذا دخلت وسلمت نفسها استحقت جميع المهر وان لم يجامعها الزوج لان نفع البضع قد
حصل له وان كان هو لم ينتفع به قال فان حمل على الجمال غير المكتري حين تركه المكري
فلا اجرة للجمال من حيث حمل غيره وذلك ان الجمال قد منعه المنافع واستوفاها بنفسه
فلم يستحق عوضها على من اكترى اولا **مسئلة** قال ولو ان رجلا اكترى
جملا يحمله من المدينة الى مكة على ان يسير به ستا او سبعا فسار به عشرا وجب
عليه للجمال اجرة مثله ولا يزاد على ما تشارطا عليه تخريجا قال وكذلك القول
في الاجير والبريد والوجه في ذلك ان المكاري قد خالف ما التزم ولم يسلم
المنافع على حسب ما اقتضته الاجارة فوجب ان لا يستحق المسمى وان لم يكن بد
من ان يوفى اجرة المثل كما نقول في الاجارة الفاسدة وقلنا لا يزاد على المسمى لانه
رضي اعني الجمال بالمشروط على ان يسير به ستا او سبعا فلما قصر في ذلك خان (ظ) وخان
فلم يجز ان يستحق الزيادة فتكون الخيانة سببا لمزيد الاجرة وهذا هو الوجه
في البريد والاجير **مسئلة** واذا استاجر رجل من رجل شيئا معلوما
باجرة معلومة كان له ان يواجرها غيره بمثل تلك الاجرة وليس له ان
يوجره باكثر من اجرته الا باذن صاحبه له ان يفعل ذلك بعد قبض المستاجر
لانه قبل القبض يكون كالبيع قبل القبض لان تسليم المستاجر يجري في
بعض الوجوه مجرى تسليم المبيع (ظ) فاذا قبض جاز له ان يواجر غيره بمثل ما استاجر
لان منافعه قد صارت له حكما فجازت فيه التولية كما يجوز في السلعة على اني
لا احفظ فيه خلافا فاما اجارتها باكثر مما استاجر فلا يجوز لانه ربح
ما لم يضمن وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله عن ربح ما لم يضمن لان المنافع
لم تحصل بعد في ضمانه بالقبض لها **فان قيل** الستم قلتم ان المنافع
صارت في حكم المقبوض فهلا اجزتم الربح فيها **قيل** له ان المنافع في
الحقيقة غير مقبوضة وانما قلنا انها في حكم المقبوض في مواضع دلت الدلالة
عليه فاما على التحقيق فلا يجوز ان تكون مقبوضة الا ترى انه لو هلك الشيء المستاجر
بطلت الاجرة فلهذا لم يجوز الربح فيه على ان المنافع لا تملك بنفس العقد ايضا

على الحقيقة فيكون ذلك ربح ما لم يملك لأن المنافع لا تملك بنفس العقد
لأنها معدومة في الحقيقة فإذا أذن له فيه صاحبه أغنى الإجارة بأكثر
مما استأجر فإن أصحابنا أجازوه لأن المستأجر إذ ذاك يكون تصرفه كأنه من قبل
المستأجر منه فكأن الربح حصل له ملكه ثم انتقل إلى المستأجر **مسألة**
قال ولو أن حائكًا أخذ غزلًا على أن ينسجه عشرة أذرع فنسجه اثني عشر ذراعًا
كان له أجرة عشرة أذرع وكان في الذراعين متبرعًا وذلك أن الإجارة تناولت
عشرة أذرع فوجب أن يكون المستحق هو أجرتها فقط فأما الذراعان فلم تتناولهما الإجارة
على وجه الصحة ولا على وجه الفساد ولا على وجه يجري مجرى الفساد فلم يجب أن
يستحق لهما شيئًا وكان متبرعًا لأنه يجري مجرى أن يأخذه فينسجه له بغير أمره
ومجرى سائر ما يتبرع به الإنسان لغيره مما يستحق به الأجرة قال ولو أن صباغًا
دفع إليه رجل ثوبًا على أن يصبغه له لونًا بدرهم فصبغه له لونًا آخر كان الصباغ
في الزيادة متبرعًا تعمده أو لم يتعمده ووجه هذا هو وجه ما تقدم لأن الزيادة لم
يتناولها عقد الإجارة لا على وجه الصحة ولا على وجه الفساد فوجب أن يكون
متبرعًا في الزيادة قال فإن قال الصباغ أمرتني بصبغ يساوي عشرة وقال
صاحب الثوب أمرتك بصبغ يساوي خمسة كانت البينة على الصباغ واليمين على صاحب
الثوب لأن الصباغ هو المدعي وصاحب الثوب هو المنكر ألا ترى أن الصباغ يحاول
أن يلزم صاحب الثوب حقًا لم يثبت عليه وصاحب الثوب يمانعه ذلك
مسألة وإذا دفع الرجل ثوبًا إلى الخياط ليقطعه قميصًا ويخيطه فقطعه
وخاطه ثم استحق الثوب كانت الأجرة على من أمره بقطع الثوب ووجهه أن المستأجر هو
له على ذلك دون صاحب الثوب فيلزمه الأجرة كالوكيل والمتبرع غيره لا بذلك
ولا معتبر بكون الشيء ملكًا له إذا كان هو المستأجر وليس له أن يرجع على صاحب الثوب
لأنه فعله بغير أمر صاحب الثوب كما قلنا في النساج والصباغ ويكون بذلك متبرعًا
مسألة قال القاسم عليه السلام ولو أن رجلًا كلم رجلًا في حاجة
لرجل وأهدى إليه شيئًا جاز له ذلك بعدما قاله إذا لم يكن مشروطًا فإن كان مشروطًا
لم يجز ذلك للنهي الوارد فيه فأما إذا لم يكن مشروطًا فهو جائز لأن ذلك مقابلة الإحسان
بالإحسان ومكافأة على الإحسان وقد قال الله عز وجل هل جزاء الإحسان إلا الإحسان

وقال

وقال: وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها. قال القاسم عليه السلام: ولا بأس بكسب الحجام لأنه صنعة مباحة، وروي أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أمر حجاماً فحجمه، وروى محمد بن منصور بإسناده عن علي عليه السلام قال: احتجم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأعطى الحجام أجرته. **مسألة** قال: والارتشاء على الحكم حرام، لا خلاف في كونه حراماً بين المسلمين، لأن المرتشي آثم لأنه أخذ العوض على ما لزمه ووجب عليه. **فإن قيل** إنكم تجوزون أن يأخذ القاضي رزقاً من الإمام، وروي أن أمير المؤمنين أعطى شريحاً. **قيل** له: هذا ليس بارتشاء لأن الارتشاء أن يأخذ من أحد الخصمين إما ليظلم أو لينصف، وعلى كلا الأمرين الوجهين هو حرام، وما يأخذ القاضي من الإمام ليس على هذا الوجه لأنه يجري مجرى ما يأخذه الإمام لنفسه من بيت مال المسلمين يستعين به على ما هو فيه من جري مصالح المسلمين. وأجرة الكاهن والبغي حرام لأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عنه ذلك، وقال الله عز وجل: ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، وهذا من أكل المال بالباطل. ويكره أجرة الغازي في سبيل الله وهو الذي لا يخرج إلا بأجرة، وذلك أنه أخذ العوض على ما هو قربة وطاعة بل واجب، وذلك لا يجوز. وقوله: وهو الذي لا يخرج إلا بأجرة، يدل على أنه يجوز للغازي الذي يخرج متقرباً إلى الله عز وجل أن يأخذ ما أُهدي إليه إذا لم يكن منه شرطاً كما يجوز للمؤذن ولمن يعلم القرآن ولمن يعين إنساناً في حاجة له. قال القاسم عليه السلام: ويكره عسب الفحل اتباعاً للأثر، هو كما قال عليه السلام، والأثر الوارد فيه مشهور. قال ___ ويكره أجرة السمسار إلا أن يستأجر بأجرة معلومة على شيء معلوم، وذلك أن المجازفة فيه تعظم وتكثر وتخرج عن أجرة المثل، ولا يأخذ السمسار على شيء معلوم على قدر عمله، وإنما يأخذ على قدر السلعة، فأما إن أخذ بأمر صاحب المال على قدر العمل لم يكره ذلك، وهو جارٍ مجرى سائر الصناع.

باب القول في ضمان الأجير

القول في ضمان الأجير

كل ما تلف عند الأجير المشترك مما استؤجر على عمله فهو ضامن له سوى تلف بجنايته أو بغير جنايته إلا أن يكون تلف بأمر غالب لا قبل له بدفعه، وهذا قول أبي يوسف ومحمد وإجماع أهل البيت وقول أمير المؤمنين علي عليه السلام، وخالف فيه أبو حنيفة وسائر أصحابه غير أبي يوسف ومحمد، وللشافعي

فيه قولان والأصل فيه ما روي عن علي عليه السلام انه كان يضمن الأجير
المشترك ويقول لا يصلح الناس الا ذلك ففيه وجهان من الدلالة احدهما على
اصولنا هو قول امير المؤمنين عليه السلام وعندنا انه يجب اتباعه ولا يجوز مخالفته
والثاني قوله لا يصلح الناس الا ذلك وذلك ان المصالح لا يعلمها الا الله عز وجل
والرسول بتعريف الله اياه فكان ذلك دليلا على انه قال ما قال توقيفا
عن رسول الله صلى الله عليه وآله فجرى مجرى النص عليه **فان قيل**
لعله اراد ان الناس لا يصلحهم الا ذلك باكثر الراي عنده **قيل** له حمل
الخبر على ذلك حمل له على المجاز بغير دليل لانه لا يكون صلاحا على الحقيقة وانما يكون
عنده انه كذلك وهذا لا معنى له وايضا لا يجوز تضمين الاموال ولو غلب على
ظن الامام او الحاكم ان ذلك اصلح هذا ما لا خلاف فيه فلم يبق الا ما قلناه وايضا
قد ثبت ان الاجير المشترك مضمون عليه عمله الذي استوجر عليه ولهذا يوجب
عليهم تضمين فاذا ثبت ذلك وجب ان يضمن اذا ضاع عنده
لان الحفظ مضمون عليه لانه لا ينال العمل الا بالحفظ واذا ثبت ذلك وجب ان يضمن اذا
ضاع عنده لانه قصر في الحفظ وهو داخل في جملة ما اخذ الاجرة عليه
فان قيل لو كان ذلك كذلك لوجب في الخياط اذا ابقى عنده الثوب برهة ثم رده
من غير ان يخيطه للعذر ان يستحق على الحفظ قسطا من الاجرة فلما اجمعوا على انه لا
يستحق بذلك شيئا من الاجرة دل على انه لم يدخل في جملة ما استحق عليه الاجرة **قيل**
له الحفظ دخل فيه على سبيل التبع فلم يجب ان يكون له قسط من الاجرة اذا انفرد
ألا ترى ان من اشترى ناقة حاملا فنتجت قبل ان يقبضها المشتري وتلف الفصيل انه لا
يحط له شيء من الثمن وان كان الفصيل داخلا في جملة ما استحق به الثمن لانه دخل في
ذلك على سبيل التبع ولم يكن له حط من الاجرة اذا انفرد ولم يجب ان يدل ذلك على انه
لم يدخل فيه وتحرير القياس فيه ان يقال قد ثبت ان الحفظ من جملة ما استحق عليه
الصانع العوض فوجب ان يضمن ما تلف من جهته كما يضمن ما تلف من جهة الصنعة فاذا
تلف من جهة امر غالب فلم يؤت من جهة الحفظ لان الحفظ لا يغني في ذلك شيئا فلذلك
قلنا انه لا يضمن ما تلف من ذلك فاما ما جنته يده فلا خلاف بيننا وبين ابي حنيفة
في ضمانه وقال زفر لا يضمن الا بالتعدي ويبطل قوله ما سلف ويوضح ذلك بان

يقال ان الاجير لما كان مستحقا على العمل كان العمل مضمونا عليه لان عقود المعاوضات تقتضي الضمان فاذا ثبت ان العمل مضمون وجب ان يكون ما يحدث عنه مضمونا بت

مسئلة قال وما تلف في يد الاجير الخاص فلا ضمان عليه الا ان يكون تلف بجناية منه وهذا مما لا خلاف فيه الا ما يحكى عن الشافعي انه احد قوليه وذلك لا معنى له لان الاجير الخاص لا يستحق الاجرة على العمل وانما يستحق على تسليم نفسه للعمل الا ترى انه لو سلم نفسه للعمل الى المستاجر استحق الاجرة سوى استعمله المستاجر او لم يستعمله وليس كذلك الاجير المشترك لانه لا يستحق الاجرة الا بان يعمل فبان ان الاجير الخاص عمله غير مضمون عليه اذ لم يستحق الاجرة عليه واذا لم يكن مضمونا فلا وجه لتضمينه ما ضاع على يديه بغير جناية منه فاما اذا كان بجناية مثله فلا خلاف في ضمانه

مسئلة قال واذا ادعى المستاجر عليه التفريط وانكر الاجير فالبينة على المستاجر واليمين على الاجير ووجهه ان المستاجر هو المدعي لانه يلزمه حقا لجنايته لم يثبت عليه والاجير منكر له فوجب ان تكون البينة على المستاجر لكونه مدعيا واليمين على الاجير لكونه منكرا وايضا قد بينا ان الاجير الخاص امين والقول قول الامين اذا انكر الجناية مع يمينه كالمودع القول قوله مع يمينه

مسئلة قال واذا اكترى رجل من رجل جملا على ان يحمل له حملا فحمله المكاري فاخذ منه الحمل في الطريق ضمنه المكاري الا ان يكون اخذ بامر غالب والمراد بهذا اذا تعين الكرى الى حيث سلم في الحمل لان الحمال يكون اجيرا مشتركا الا ترى انه هو الذي تسلم الحمل لا انه سلم جمله **قال** وان اكترى على ان يحمل له دهنا في قارورة او سمنا في زق فانكسرت القارورة او انخرق الزق وذهب ما فيهما ضمنه المكاري ووجب له الكرى الى حيث سلم يتقاضان ذلك اما انخراق الزق فانه يكون على وجهين قد يخرق بان يكون الزق ضعيفا ويملا من الدهن بحيث يثقل الحلا فيه فيتشق الزق من ذي قبل من غير ان يصيبه شيء فاذا كان ذلك كذلك فيجب ان لا يضمن المكاري لانه لم يؤت من التقصير في الحفظ وقد يخرق بان يصيبه شيء او يلحقه عنف في الوضع والرفع فان كان كذلك ضمنه المكاري لان ذلك يكون من سوء الحفظ وهو الذي اراد في المسئلة **واما** القارورة اذا كانت صحيحة فانها لا تنكسر الا لامر يصيبها او عنف يلحقها في الرفع والوضع فلا بد من ان يضمنها المكاري لان هذا يكون من سوء الحفظ **قال** واذا احمل المكاري الحمل فذهب في منزله او مات لصاحب

الحمل قبل تسليمه اليه ضمنه الا ان يكون ذهب بامر غالب وذلك لانه بعد في
ضمانه لم يقع تسليمه الى صاحبه كالبايع يكون المبيع في ضمانه قبل تسليمه الى المشتري
قال وان سلم اليه بالكيل او الوزن او العدد ثم وجده ناقصا لزم المكاري ما نقص
منه اما ما نقص من جهة العدد فهو كذلك واما ما نقص من جهة الكيل او الوزن فان
كان الشيء مما يتناقص بالجفاف فلا شيء فيه على المكاري لانه لم يجن واما ان كان مما لا يتناقص
بالجفاف فهو على ما قال لانه يكون اتى من سوء الحفظ **قال** فان كان المكاري
دفعه الى مكاري آخر ضمن المكاري الاول لصاحب الحمل وضمن المكاري الثاني للمكاري
الاول وذلك ان الشيء ضاع على يد المكاري الثاني فوجب ان يضمن للمكاري الاول
وذلك ان الشيء ضاع على يد المكاري الثاني فوجب ان يضمن للمكاري الاول لانه
ضمن لصاحب الحمل فان انكره المكاري الثاني فعليه اليمين لانه منكر وعلى المكاري
الاول البينة لانه المدعي **قال** وان انكره المكاري الاول صح الثاني كان
عليه اليمين وعلى صاحب الحمل البينة لانه هو المدعي ولا شيء على المكاري الثاني لان
المكاري الاول لا يدعيه عليه والتداعي بين صاحب الحمل والمكاري الاول **قال**
فان دفع رجل الى المكاري طعاما او غيره ليحمله بنصفه او ثلثه فسرق في
بعض الطريق ضمنه المكاري كله الا مقدار كراه الى الموضع الذي سلم اليه وذلك
ان المكاري يكون مستحقا لذلك القدر فكانه ضاع من ماله فلم يلزمه ضمانه ولزمه
ضمان سائره لانه اجير مشترك **قال** وان دفع غزلا الى الحايك لينسج له ثوبا
فلما نسج ادعى على الحايك انه ابدل الغزل فان القول قول الحايك مع يمينه وذلك ان
صاحب الغزل يدعي عليه خيانة هو لها منكر فوجب ان يكون القول قوله مع يمينه **قال**
وان دفعه على ان ينسج له اثني عشر ذراعا فنسج له عشرة اذرع كان صاحب الغزل
بالخيار ان شاء اخذه بقيمة الغزل واسترجع الاجرة وان شاء طالبه بنسج ذراعين
ووجهه ان الحايك خالف فيما استاجر عليه وجعل الغزل في حكم المستهلك لانه نسجه
على خلاف ما اراد صاحبه فخير صاحبه بين تغريم القيمة لانه في حكم المستهلك
كما نقول ذلك في الغصب وبين ان يرضى به ويطالبه بنسج ذراعين على ما اقتضاه
الاستيجار **مسألة** قال ولو انه دفع الى خياط ثوبا فقطعه قباء فقال
صاحب الثوب امرتك ان تقطع قميصا وقال الخياط امرتني ان اقطع قباء كانت البينة

على صاحب الثوب واليمين على الخياط حكى ابن ابي هريرة ان هذه المسئلة للشافعي
على قولين وحكى عن اصحابه فيها اضطرابا شديدا والصحيح ما ذهبنا اليه لان صاحب الثوب
مقر بالاذن له في القطع ويدعي عليه جناية لم تثبت فوجب ان يكون هو المدعي ووجب
ان يكون الخياط هو المنكر **فان قيل** اذا كان عندكم ان الاجير المشترك ضامن
فالضمان عن نفسه فهلا جعلتموه مدعيا وهلا
الزمتموه البينة **قيل** له ان ذلك الضمان هو ضمان العين وهو لم يطالب صاحب
الثوب بذلك الضمان وانما يطالبه بضمان لم يستقر لانه ضمان جناية لم تثبت
فوجب ان يكون المدعي هو رب الثوب والمنكر هو الخياط وحكى مثل قولنا عن ابن ابي ليلى

مسئلة قال ولو ان رجلا دفع الى الصباغ ثوبا ليصبغه لونا فصبغه غير ذلك
اللون كان صاحب الثوب بالخيار ان شاء اخذ ثوبه وان شاء اخذ من الصباغ قيمته
قبل ان يصبغه تعمد الصباغ او اخطأ فيه ووجهه انه افسد الثوب على صاحبه
واخرجه عن ان ينتفع من صاحبه الانتفاع به مع ذلك الصبغ لان اغراض الناس
في الاصباغ تختلف فصار في حكم المستهلك فان شاء اخذه ولا شيء للصباغ وان
شاء ضمنه وتركه عليه هذا وجه ما في الكتاب من الجواب والذي عندي في جوابه
ان عين الثوب باقية وان هذا ليس باستهلاك فيجب ان ينظر فيه فان كان
الصبغ زاد في قيمته او لم ينقص منه شيئا اخذ الثوب ولا شيء للصباغ وان كان
الصبغ نقصه اخذ صاحب الثوب من الصباغ قيمة النقصان لان هذا هو الاصل
في الجنايات الا ترى انا لو قلنا بخلاف ذلك كان لكل من جنى على ملك له جناية
مؤثرة ان يسلمه الى الجاني ويطالبه بقيمة المجني عليه وهذا خلاف الاجماع وخلاف
موضوع الشرع

مسئلة قال ولو انه دفع ثوبا الى المنادي ليبيعه
فضاع الثوب ضمنه المنادي ووجهه ان المنادي هو اجير مشترك وليس باجير خاص
فوجب ان يضمنه على قولنا في الاجير المشترك **قال** وكل هؤلاء يضمنون ما
تلف على ايديهم سواء كانت الاجرة مسماة او غير مسماة والاجارة فاسدة او غير
فاسدة ووجهه انه تسلم الشيء وتقبل عمله فصار الشيء في ضمانه لان عمله قد صار
مضمونا الا ترى انه اذا عمله استحق الاجرة ولو لم يعمله لم يستحق الاجرة وكان في
حكم المتبرع **قال** وكذلك يضمن الصناع ما افسدوه بصنعتهم نحو ان ينغل

الدباغ الأديم او يعرق الحداد الحديد او يلبس النجار الخشب وما اشبه ذلك وهنا
لاخلاف فيه بيننا وبين ابي حنيفة وانما الخلاف فيه بيننا وبين زفر وقد مضى
الكلام فيه وان كان الافساد افسد من قيمته اكثر من النصف ان صاحب
الشيء بالخيار بين ان يسلمه الى الصانع ويأخذ قيمته صحيحا كما دفعه وبين ان يأخذه
ويأخذ قيمة ما نقص منه من الصانع ووجهه انه جعل الاقل تابعا للاكثر فاذا كان
الذاهب هو الاكثر لزم الصانع الجميع ان اختار صاحب الشيء تسليمه اليه وان كان
الذاهب هو الاقل جعل الجميع كالحاصل وجبر بالارش لانه في كثير من الاصول القليل
يتبع الكثير فبنى الامر عليه **قال** وان صار الشيء بحيث لا قيمة له اخذ قيمته من
الصانع وهذا اوضح لان جنايته احاطت بالشيء فجعله في حكم ما ليس بمال فالزمه
القيمة قال وان كان الصانع افسده بعد ما عمله فله اجرة عمله ان اخذ الشيء
صاحبه ووجهه ان النفع الذي انعقدت عليه الاجارة قد حصل له او بعضه
ووقع التسليم فيجب ان يستحق الصانع عوضه قال والقيمة في جميع ذلك قيمته
يوم دفع الى الصانع وهذا كما قال لانه دخل يومئذ في ضمان الصانع كما نقول
في المغصوب الا ان اخذ العامل اجرة عمله فتكون القيمة قيمته معمولا فان اختلف
الصانع وصاحب المتاع في القيمة فالبينة على صاحب المتاع واليمين على الصانع لان
صاحب المتاع مدع للفضل والصانع منكر له قال ويضمن الحمامي ما ذهب في حمامه
للناس من ثوب او غيره ووجهه ان الحمامي في حكم الاجير المشترك في حفظ الثياب
لان العرف قد جرى بين الناس انهم يعتمدونه لحفظ ما يتركون في الحمام وذلك
في حكم المسلم اليه وهو في حكم المستاجر على حفظه واظن ان ابا يوسف ومحمد
قالا بذلك وحكى ابن ابي هريرة عن الشافعي ان ما ضاع في الحمام على قولين وعندنا
ان العرف الجاري والعادة المستمرة في تسليم الناس الثياب الى الحمامي يجري مجرى
الاجارة قال وان اختلفا فيما ذهب او في قيمة ما ذهب كانت البينة على صاحب
الشيء واليمين على الحمامي لان صاحب الثياب هو المدعي للزيادة في العين والقيمة والحمامي
هو المنكر **مسئلة** قال ولو ان رجلا استاجر ظئرا للصبي فسقته
ما يقتله فعليها القود ان كانت تعمدته والدية على عاقلتها ان كانت اخطأت ووجهه
ان من مذهبه ان القود يجب في كل ما جرت العادة ان مثله يقتل به وشرحه يجيء



في كتاب الديات والقصاص فأما الخطأ فلا خلاف فيما ذكره قال وكذلك
القول في الخاتن إذا قطع حشفة الصبي فمات منها الصبي وكذا الحجام والمتطبب
يضمنون ما اعتنوا إلا أن يكونوا اشترطوا البراءة وما يلزم هؤلاء بخطأ كان منهم لزم عواقلهم
هؤلاء إنما يضمنون ما جنوه دون السرايات ليست من جناياتهم بل هي غير ممكن لهم الاحتراز
فيها فهو من الأمر الغالب الذي ذكرنا أن الأجير المشترك لا يضمنه كالموت وما جرى مجراه
وضمانهم الأعيان أنه جناية الوها واشترطوا واستثنى اشتراط البراءة لأنه يجري
مجرى الإذن فيما يتفق منهم وذكر أن ما يلزمهم يلزم عواقلهم لأن الجنايات التي تكون على
بني آدم في باب النفس وما دونها تكون على العواقل على ما يجيء بيانه في باب الديات
قال فإن كان الصانع والحجام عبدا إذن له سيده بالعمل ضمن سيده ما لزمه وإن كان لم
يأذن له سيده فيه كان ما لزمه دينا عليه يطالب به متى عتق قلنا يضمن عنه
ذلك إن كان إذن له إن شاء وإن كان شاء سلمه وما في يده إلا من كسبه هذا حكم
العبد المأذون له في التجارة فأما المحجور عليه فلا يلزم مولاه شيء لأن من سلم إليه
العمل يكون قد رضي به مسببا له من تعرضه فيكون ذلك عليه يطالب به إذا عتق

باب القول في ضمان المستأجر لو أن رجلا استأجر

دارا فسرقت أبوابها لم يضمنها المكتري إلا أن يكون ضيعها فإن سرق منها
متاع المستأجر لم يضمنه صاحب الدار قلنا لا ضمان على مستأجر الدار إن سرقت أبوابها
لأنه قبضها بإذن مالكها لا على وجه ضمان البدل ولا على وجه لزمه حفظها بنفس
العقد ولم يكن منه تعد فلم يجب أن يضمنها لأن الضمانات تتعلق ببعض هذه
الوجوه فإذا تعرى القبض منها لم يجب التضمين

ولم يشترط ضمانه فوجب أن لا يضمنه كالوديعة إلا أن يتعدى فيلزمه ضمان التعدي
وكذلك ما سرق للمستأجر فلا ضمان على صاحب الدار لأنه لم يتسلمه ولم يقبضه
هو على وجه من الوجوه **مسألة** قال وإذا استأجر رجل من رجل جمالا
ليحمل عليها أرطالا معلومة فحمل عليها أكثر مما شارطه عليه من غير إذن الجمال
فتلف الحمل عنه ضمنه المستأجر إن كانت الزيادة مما يؤثر مثلها اعتبر التأثير
ليعلم أنه مما يجوز أن يتلف ألا ترى أنه لو غير في الحمل خلالة أو إبرة أو مسواكا لم

لم يجب أن يضمنه لكون ذلك مما لا تأثير له في الاتلاف فأما اذا كان مثله في الاتلاف يؤثر فانه يضمنه لأنه تعدى فيه قال ابو حنيفة يضمن قسط الزيادة من القيمة كان القيمة تقسم على الأصل والزيادة وحكى ابن ابي هريرة عن الشافعي رحمه الله اذا لم يكن معه قولا واحدا في انه يضمن جميع القيمة وهو الصحيح لأنه قد تلف بتعديه فوجب ان يضمنه ولا معتبر في انه ما ذون في حمل بعض ما على الحمل الأخرى ان من استأجر جملا الى موضع بعينه ثم جاوزه ثم تلف لم يجب ان يقسم الضمان على القطع المأذون له فيه بعقد الاجارة وعلى ما بعده مما تعدى في مجاوزته بل يكون ضامنا للجميع وهكذا الفصاد لو جرح المفتصد جراحة تعدى فيها فمات المجروح لم يجب ان تقسم الدية على جرح الفصد وعلى الجرح الذي تعدى فيه بل لزمته الدية كاملة فكذلك ما ذهبنا اليه **قال** ولو انه اكتراه منه على ان يركبه الى موضع فنحا وبذلك الموضع فتلف ضمن قيمته ووجب كراه الى الموضع الذي استأجره اليه لاخلاف في ضمانه القيمة اذا تجاوز ما اكتراه اليه لأنه متعد فيه وغاصب له في تلك الحال فيجب ان يضمن القيمة وايجابه الكرى الى حيث استأجر فالمراد به المسمى وله فيما جاوزه مع الضمان كرى المثل على ما تقدم من نصوصه الدالة على ايجاب كرى المثل على الغاصب **قال** فان اكترى على ان يركبه الى موضع فركبه الى موضع آخر ابعد منه فتلف ضمن قيمته ولم يجب الكرى وهذه كالمسألة التي قبلها الزمه الضمان لتعديه واراد بقوله لم يجب الكرى المسمى فأما ايجابه كرى المثل فقد مضى في كلامه ما يدل عليه **قال** وان اكترى على ان يركبه وحده فاردف معه رديفا فتلف ضمنه ان كان مثل الرديف يؤثر في ذلك المركوب مثله وعليه الأجرة وهذا بيانه ما تقدم قال وان اكتراه على ان يحمل عليه ارطالا معلومة من التمر فحمل عليه ذلك القدر حديدا فتلف لم يضمن الا ان يكون الحمل فيما لا يحمل عليه مثله فانه يضمن ويجب عليه اجرة حمله مع الضمان مثل هذا يرجع الى العادات فان كان الحمل مما يحمل على مثله الحديد والتمر بكرى واحد فلا تعدي فيه ولا يجب التضمين وان كان غير ذلك ضمن والذي يجب في المكترى له ان كان قطنا ثم حمل بدله حديدا ثم تلف ان يضمن لا محالة لأن التفاوت بين القطن والحديد في الاجحاف بالمحمول عليه ظاهر لا يلتبس وانما قال ما قال من ذلك لتقارب الأمر بين الحديد والتمر **قال** وان اكتراه

يوماً فحبسه أياماً فتلف في تلك الأيام ضمنه إلا أن يكون منعه من رده مانع ظاهر
ووجهه أنه يكون عاصياً في حبسه عن صاحبه فلذلك ضمنه قال فإن أكراها فسرق
أو سرق ما عليها من   أو غيره لم يضمنه إلا أن يتعدى فيه وهذا قد مضى في صدر
الباب **مسئلة** قال وإذا اكترى آلة من آلات الحدادين أو الصناع أو غيره
ذلك واشترط لصاحبها ضمان ما ضاع منها أو تلف فيه صح ذلك وضمن المستأجر وهذا كما
نقوله في ضمان العارية ووجهه أنه لما استأجر الآلة وشرط له ضمانها كان في الحكم
عليه كأنه استأجرها بدراهم وبحفظه لها فيكون الحفظ من جملة الأجرة وتكون المنافع
التي للآلة يستوفيها في مقابلة الأجرة والحفظ جميعاً فيكون كأنه أخذ العوض على
الأصل فيجري مجرى الأجير المشترك ويعضده قوله عز وجل أوفوا بالعقود وقوله
صلى الله عليه وآله وسلم المسلمون عند شروطهم وما روي أنه باع ناقة واشترط
ظهرها إلى المدينة **قال** وإن اشترط ضمان ما ينكسر منه بالاستعمال كان الشرط
باطلاً ووجهه أنه لا يجوز أن يأخذ العوض على ما لا ينكسر كما يجوز أن يأخذ العوض
على الحفظ فلم يجز أن تكون المنافع في مقابلة ما لا ينكسر مع الأجرة فيبطل الشرط
ويجري مجرى الوديعة في أنه لا يصح اشتراط ضمانها إذ لا عوض يقابل حفظها وفارق
العارية إذ منافعها يجوز أن تكون عوضاً بحفظها **مسئلة** قال وإن
استأجر جملاً كان العلف على صاحبه إلا أن يكون المستأجر اشترط له ذلك
ووجهه أن صاحبه رضي من المستأجر بالأجرة المسماة عوضاً عن منافعه التي
يستوفيها فلا يجب أن يلزمه غير ذلك لا علفاً ولا غيره فإن اشترط العلف لزمه
لأنه يكون مستأجراً له بالمسمى وبالعلف فيكون الجميع هو الأجرة كأنه قال له استأجرته
منك بدراهم وبكذا من العلف **مسئلة** قال ولو استأجره ليركبه
إلى موضع بعينه فوقف في الطريق فمضى المستأجر وتركه فتلف ضمنه المستأجر
إلا إذا كان الطريق مخوفاً لا يمكن للمستأجر المقام عليه هذا إذا تلف بعد انقضاء المدة
التي تضمنتها الإجارة وهي المدة التي أمكنه أن يمضي فيها إلى ذلك الموضع أو تكون
المدة مشروطة فإنه يلزمه تسليمه إلى صاحبه بعد انقضاء المدة فإذا لم يسلمه
إليه لغير عذر كان كالغاصب يضمنه إن تلف **مسئلة** قال وإذا استأجر
من رجل عبداً ليخدمه شهراً فمضى به ثم انصرف وادعى إباقه أو مرضه فعليه البينة

في ذلك فإن لم تكن له بينة ضمنه ان كان اشترط ضمانه فان لم يكن اشترطه فالقول قوله مع يمينه تخريجا ويجوز ان تكون المسئلة محمولة على ضمان الكرى فيكون الأمر فيه اظهر فلا يحتاج الى التخريج هذه المسئلة المراد بها رجل استاجر عبدا واشترط ضمانه الآبق في باب الاباق فلما ادعى الاباق كان عليه البينة لأنه يدعي سقوط الضمان عن نفسه وكذلك ان ادعى الموت فعليه البينة لأن الموت غير مضمون عليه بوجه نظر فيه فان لم يكن له بينة ضمنه لأنه مضمون عليه في الأصل فان اراد ان يسقط الضمان مدعيا لأن من خاف اسقاطه حق لزمه يكون مدعيا كمن يحاول ايجاب حق

مسئلة قال واذا استأجره رجل من رجل شيئا فاجره من غيره بأكثر من اجرته من غير اذن صاحبه فتلف ضمنه وذلك ان من استأجر شيئا لم يجز له ان يواجره بأكثر مما استاجره بغير اذن صاحبه ثم تلف لم يضمن وذلك انا قد بينا ان الربح يطيب له اذا كان كذلك لأنه يكون كانه صار اليه من جهة صاحبه فلم يجب ان يكون متعديا قال وان اجره بمثل ما استاجره فتلف لم يضمن سوى كان باذن صاحبه او بغير اذنه تخريجا وذلك لأنه لا يكون متعديا على الوجهين جميعا فوجب ان لا يضمن والله أعلم

باب القول في المزارعة



من دفع ارضه الى من يزرعها ويزرعها على ان له جزء من الزرع كالنصف او الثلث او الربع او اقل او أكثر من ذلك صح كانت المزارعة فاسدة فان كان البذر لأحدهما كان الزرع لصاحب البذر فان كان هو العامل كان عليه لصاحب الأرض كرى الأرض وان كان هو صاحب الأرض كان عليه للعامل كرى مثله وبه قال ابو حنيفة حكاه الكرخي قلنا وان كان البذر بينهما كان الزرع بينهما ووجب على الزراع نصف اجرة الأرض وعلى رب الأرض نصف اجرة العمل تخريجا وقال زيد بن علي عليهما السلام تصح المزارعة على جزء من الخارج وهو المروي عن جعفر بن محمد رواه الامامية وبه قال الناصر والبه ذهب ابو يوسف ومحمد واما قول الشافعي فهو مثل قولنا الا فيما كان من الارض



فبان أن التخيل والأصل في فساد المزارعة والمساقاة ما روي عن زيد بن علي
عن أبيه عن جده عن علي عليهم السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله
من استأجر أجيرا فليعلمه أجرته فإن شاء رضي وإن شاء ترك والمزارع أجير وكذلك
المساقي لاتفاق ما أجازهما أنها لا تقع إلا بوقت معلوم فقد دل هذا الخبر على فساد المزارعة
والمساقاة لجهالة الأجرة لأنه تضمن إيجاب كون الأجرة معلومة فمتى لم تكن معلومة
وجب الفساد كما نقول مثله في السلم لما روي من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن
معلوم إلى أجل معلوم وأيضا روي عن أبي الزبير عن جابر أن النبي صلى الله عليه وآله
نهى عن المخابرة وعن جابر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول من لم يذر المخابرة
فليأذن بحرب من الله ورسوله وعن زيد بن ثابت قال نهى رسول الله صلى الله عليه
وآله عن المخابرة والمخابرة هي المزارعة بالنصف والثلث وحكى ذلك عن أهل اللغة وحكي
عن ابن الأعرابي قال هو مشتق من خيبر ثم صارت لغة ومثل هذا لا ينكر فقد قيل أعرق الرجل
من العراق وأنجد من نجد وأتهم من تهامة وغار من الغور وبدا من البادية وأيضا روي
عن جابر وعطية أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن كرى المزارع من البقول وروي عن
رافع بن خديج قال مر بي رسول الله صلى الله عليه وآله وأنا أزرع من البقول
فقال ما هذا فقلت بذري ولي الشطر ولآل فلان الشطر قال أربيت رد الأرض
إلى أهلها فدل ذلك على فساد المزارعة من وجهين أحدهما النهي والثاني أنه صلى الله
عليه وآله سماها ربا **فإن قيل** روي عن زيد بن ثابت أنا والله أعلم
بالحديث من رافع أتى النبي صلى الله عليه وآله رجلان قد اقتتلا فقال صلى الله عليه
وآله إن كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع فثبت بهذا الخبر جهة النهي وهو الاقتتال وروي
عن رافع بن خديج قال كنا نزارع على الثلث والربع وما ينبت على السواقي فنهانا عنه صلى
الله عليه وآله وفي خبر آخر ويشترط على الأجرة ما ينبت على الجداول وكذا وكذا وربما

قيل له لا يدل على أنه ليس نهي عام عن المخابرة فلا يمتنع أن ينهى عن المخابرة
على العموم وينهى عنها أيضا إذا كانت هذه الجهالات **فإن قيل** أن النبي صلى الله
عليه وآله أعطى خيبر بالنصف من الخارج **قيل** له هذا محتمل من وجهين أحدهما
أن يكون النبي صلى الله عليه وآله أبقاهم على الفيء فكانوا عبيدا للمسلمين فجاز ذلك فيهم

لان النصف المبقى فيهم يجري مجرى نفقاتهم ومؤنهم فلا يكون ذلك مزارعة على
التحقيق او يكون صلى الله عليه وآله جعلهم ذمة واقرهم على الارضين وجعل نصف
الخارج بمنزلة الجزية ويجوز في الجزية من الجهالة ما لا يجوز في الاجارات والبياعات ؟
الا ترى ان النبي صلى الله عليه وآله نص على اهل نجران مؤنة الرسل عشرين يوما ؟
وجعل عليهم عارية ثلاثين درعا وثلاثين فرسا وثلاثين بعيرا ويؤكد ان ذلك كان على
التحلل وجهان انه لم يروا ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم اخذ منهم الجزية ولا ابو بكر
ولا عمر ويحتمل ان يكون ذلك صار منسوخا بالنهي عن المخابرة فانها مشتقة ؟
من خيبر فكانه صلى الله عليه وآله نهى عن ان يعملوا بما عمل بخيبر على انه روي انه ؟
قال لليهود اقركم على ما اقركم الله ولا خلاف ان المزارعة والمساقاة لا بد فيها من ؟
التوقيت المعلوم وقال صلى الله عليه وآله نقركم على ذلك ما شئنا واما الشافعي
فانه ذهب الى جواز المساقاة او جواز مزارعة الارض التي بين النخيل مع مساقاة ؟
النخيل ولا يجوز مزارعة الارض البيضاء ويحتج بسائر ما قدمناه ويقال له من اين لك
(ومن اين انه لم يكن بخيبر ارض بيضاء وعن تعيين الارض التي بالنخيل صح)
ان مزارعة خيبر كانت في ارضين بين النخيل على الارض البيضاء لافساد المزارعة ؟
بعلة انها مزارعة على بعض ما يخرج من الارض وبان الاجرة فيها غرر ونقيس المساقاة
ايضا على ذلك ونقيسهما على المساقاة في غير النخل والكرم ونقيسهما على ما اجمع عليه
المسلمون من انه لا يجوز دفع الابل والغنم والرماك بجزء من النماء الاولاد والالبان
والاصواف والاوبار والعلة في ذلك جهالة الاجرة والغرر الذي فيها فلا يصح قول الشافعي ا
ان الارض التي من النخيل تبع للنخيل فيجوز فيها ما لا يجوز في الارض البيضاء من المزارعة
كما يجوز ان يدخل في البيع من الشرب والحقوق على سبيل التبع وان كان لا يجوز ان يفرد
بالبيع لان الارض التي بين النخيل يجوز ان تفرد بالعقود في البياعات والاجارات والهبات
فلم يجز ان تكون الارضون تبعا للنخيل كما ان النخيل لا يجوز ان يكون تبعا للارض على ؟
ان المساقاة غير المزارعة وهما حكمان مختلفان فكيف تدخل مزارعة الارضين ؟
في حكم مساقاة النخيل **فان قيل** فان قيل فهلا قستموها على المضاربة ؟
قيل له المضاربة مخصوصة ولم توضع على القياس ولا يجوز ان تجعل
اصلا لهذا الباب على ان المضاربة من باب الوكالة لا من باب الاجارات والاخلاف
انها نوع من الشركة وعند القائلين بالمزارعة والمساقاة لا تجوز الا في مدة ؟

معلومة ويقال لأبي يوسف ومحمد وللشافعي في أحد قوليه لو كانت
المضاربة اجارة لوجب أن يضمن المضارب مال المضاربة او كان يجب ان يكون اجيرا
مشتركا وقد ذهب ابو يوسف ومحمد الى ان المضاربة اذا فسدت ضمن المضارب
وكانت له اجرة عمله فبان ان المضاربة الصحيحة ليست اجارة وانها لا تصح أن
تكون أصلا للمزارعة على انها لو كانت تصح ان تكون أصلا لهذا الباب لصح ان تكون اصلا
لدفع الغنم الى الراعي ببعض النماء الأولاد والألبان على ان المزارعة والمساقاة بدفع
الغنم الى الراعي ببعض النماء اشبه فأما ما ذهب إليه الشافعي من ان المساقاة اصل للمضاربة
فمن المحال الذي لا يذهب على محصل لأن المضاربة امر لا اختلاف فيه بين المسلمين
بل نعلم صحتها وجوازها من دين المسلمين ضرورة والمساقاة أمر مختلف فيه فكيف
يكون المتفق عليه فرعا على المختلف فيه والمختلف فيه أصلا للمتفق عليه فاذا
فسدت المزارعة بما بينا لأن الاجارة فاسدة متى وقعت فوجب ما قلنا من كون
الزرع لمالك البذر وصح وجوب كرى الأرض على الزارع لأنه اخذ أرض صاحبه
البذر باجارة فاسدة وزرع فيها فطرح بذره وان كان البذر لصاحب
الأرض لزمه اجرة العمل للزارع لأنه يكون مستعملا له في ارضه وبذره
باجارة فاسدة وعلى هذا القياس ان كان البذر بينهما قال وان تصالحا على ذلك
جاز الصلح لقوله صلى الله عليه وآله الصلح جائز بين المسلمين وقوله وكل صلح
جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او أحل حراما قال ابو حنيفة ان كان
البذر للزارع تصدق بالزرع وهذا إنما لا يجب لأنه ليس بغاصب بل طرح بذره
في الأرض باذن مالكها وانما كانت الاجارة فيه فاسدة فكيف يجب التصدق به
على اصله على انه في الغصب ايضا لا يبعد أرأيت لو غصب دجاجة فحضنها بيضا يملكها
اكان يلزمه التصدق بالفراخ ونظائره كثيرة **مسألة** قال
وان دفع حمارا على بعض ما يكتسب به وفرسا يجاهد عليه على بعض ما يغنم جاز ذلك
على سبيل الصلح دون الحكم ووجه اجازة الصلح ما بيناه فيما تقدم من قول
الرسول صلى الله عليه وآله وقال الله عز وجل والصلح خير على ان الحاق
ذلك بباب الشركة على معنى التوكيل ليس ببعيد فان كان ذلك فهو ثابت حكما
مسألة قال والمزارعة الصحيحة ان يدفع نصف أرضه مشاعا بالجزء

باجرة معلومة ويستأجر ذلك الرجل بمثل تلك الاجرة على ان يزرع له نصف
ارضه ويكون البذر بينهما نصفين فيتقاصان باجرة الاجير واجرة العامل
فيكون الخارج بينهما نصفين وعلى هذا القياس ان اراد ان تكون المزارعة على الثلث
او الربع او اقل من ذلك او اكثر والاصل فيما قلنا جواز اجارة المشاع وابو حنيفة
يبطلها وابو يوسف ومحمد يجوزانها والدليل على ذلك جواز بيع المشاع فاذا ثبت
ذلك وجب ان يثبت جواز اجارة المشاع لانهما جميعا ضربان من البيوع لان الاجارة
بيع المنافع كما ان البيع بيع الرقبة **فان قيل** لا يصح قبض المستاجر على سبيل
الاستدامة فلا يصح الانتفاع به فوجب ان لا تصح اجارته لان الاجارة على ما لا
يصح الانتفاع به لا تصح **قيل** له يصح الانتفاع به على سبيل المهاياة
كما يصح بالمبيع **فان قيل** (لا يمتنع ان يكون العقد يوجبها) المهاياة ليست من موجب عقد الاجارة
قيل له لا يمتنع ان يكون العقد يوجبها اذ كان لا يصح الانتفاع به الا معها كالبيع
عقد الاجارة

اذ الانتفاع لا يصح الا معها على

صحيحة ويقولون ان القسمة فيه لا يتأتى الا على المهاياة فوجب ان لا
يقولوا بذلك في اجارة المشاع وفي هبة ما يتأتى فيه القسمة من المشاع على ان
ابا حنيفة يقول لو مات احد المستأجرين انتقضت الاجارة في نصيبه وبقيت
الاجارة في نصيب الحي وذلك لا يمكن الانتفاع به الا على سبيل المهاياة ولم يجب
لذلك فساد اجارة الباقي فوجب ان يكون كذلك في ابتداء الاجارة
لاجتماعهما في الانتفاع يصح على سبيل المهاياة **فان قيل** فهلا ابطلتم
ما ذهبتم اليه لان الاستيجار على نصف العمل مجهول **قيل** له اذا كان
الجميع معلوما فيجب ان يكون النصف معلوما ولهذا صح بيع نصف ارض معلومة
ونصف حيوان معلوم ونصف ثوب معلوم وعلى هذا يجب ان تقدم اجارة الارض
على استيجار العامل ليصح الابتداء بالعمل ويصح في الارض وفي العمل التسليم عقيب
الاجارة فاذا ثبت ما بينا صح ما ذهبنا اليه من صحة المزارعة على الوجه الذي
بيناه **مسئلة** قال والمساقاة الصحيحة ان يدفع الرجل نخيله الى من
يسقيها ويعملها على شقص من الاصل قد بينا فساد المساقاة لجهالة اجرة العامل

فاذا كان

فإذا كانت بأجرة معلومة فيجب أن تصح كما تصح الاجارات قلنا لك قلنا بصحتها ما ذكرناه **مسألة** قال ولو دفع أرضه إلى آخر مزارعة فغرس فيها ثم مات صاحب الأرض كان للورثة أن يطالبوه بتفريغ أرضهم فإن شاء المزارع قلعها وإن شاء طالبهم بقيمة غرسه وسلمه مع الأرض إليهم هذا يجب أن يكون المراد به في المزارعة الفاسدة دون ما بيّنّا أنها صحيحة والاجارة عندنا لا تنتقض بموت المستأجر ولا المستأجر منه فأما في المزارعة الفاسدة فلهم المطالبة بتفريغ أرضهم وجعل الخيار للمزارع لأنه لم يكن غاصبا فيما غرس لأنه غرس بإذن صاحب الأرض وإن كانت المزارعة فاسدة فيجب أن يكون يضمن الورثة قيمة الغرس ويسلم الغرس إليهم كما قلنا ذلك فيمن اشترى أرضا فبنى فيها أو غرس فيها ثم قام فيها شفيع أنه إن شاء رفع بناءه وإن شاء سلمه إلى الشفيع وضمن له قيمته ولأنه حين ما لم يكن غاصبا ولا متعديا في بنائه فكذلك في هذه المسألة

كتاب الشركة

باب القول في شركة المفاوضة

لا بأس للرجلين أن يشتركا شركة مفاوضة وبه قال زيد بن علي عليه السلام وأبو حنيفة وأصحابه وروي عن الشعبي وابن سيرين القول بها حكاه الجصاص في شرحه وخالف الشافعي فيها فأبطلها وإذا ثبت أنها مروية عن زيد بن علي عليهما السلام ولم يذكر الخلاف في ذلك جرى مجرى الاجماع ولم يعتبر فيه خلاف من خالف من بعده ويدل على ذلك قول الله تعالى أوفوا بالعقود وذلك عقد تجري فيجب الوفاء به بظاهر الآية وكذلك قوله صلى الله عليه وآله المسلمون عند شروطهم يدل عليه وهو أمره تعالى عليه فيجب أن يكون ذلك ماضيا لقوله صلى الله عليه وآله الصلح جائز وقول الله تعالى والصلح خير ومما يدل على ذلك أن المفاوضة تتضمن عقودا لو انفرد كل واحد منها صح فوجب أن تصح إذا اجتمعت كالمضاربة الا ترى أن المفاوضة تتضمن الكفالة فيما يتعلق بالاجارة بالتجارة والوكالة في التصرف والخصومة والشركة والمساواة وكل ذلك مما يصح افراده بالعقد كالمضاربة تتضمن التوكيل في التصرف والخصومة وأخذ العوض عما يعمل المضارب **فإن قيل** الضمان العام لا يصح لأنه جهالة لو ضمن

القول في شركة المفاوضة [illegible]

على آخر كلما باعه واشتراه كان ذلك لا يصح **قيل** له الشركة موضوعة
على المسامحة في مثل هذا الا ترى ان المضارب يأخذ عوضا مجهولا على عمل مجهول والعوض
متعلق على الاخطار لانه قد يخسر فلا يأخذ شيئا لكنه لما كان في الاصل اخذ العوض
على العمل صحيحا جاز في المضاربة ما لا يجوز في غيرها لانها شركة فكذلك شركة
المفاوضة يجوز فيها الضمان العام لان الضمان في الاصل كان صحيحا فصح في المفاوضة
الضمان العام لانها شركة وقد ثبت انه يدخل اشياء على سبيل التبع في البيع لو انفرد
لم يصح كبيع الحقوق من المنافع وحق الاستطراق وكذلك الخيار المجهول لا يصح في البيع
وقد صح فيه خيار العيب لانه دخل فيه على سبيل التبع فكذلك ما ذكرنا في المفاوضة
مسألة قال واذا ارادا ذلك فيجب ان يخرج كل واحد منهما ما له من النقد ويكون
مال كل واحد منهما مثل مال صاحبه ثم يخلطان ذلك ويشترطان ان يبيعا ويشتريا
بأموالهما ووجوههما مجتمعين ومفترقين ويعمل كل واحد منهما برأيه فيما في يده وفي يد صاحبه
قلنا ان يخرج كل واحد منهما ماله من النقد ويكون مال كل واحد منهما مثل مال صاحبه
لتحصل المساواة لان المساواة اذا لم تحصل لم تكن الشركة شركة المفاوضة وانما
تكون شركة عنان لان المفاوضة مأخوذة من المساواة كما قيل لا يستوي الناس
فوضى لا سراة لهم   وقوله يخلطان الاوضح انه ليس على ان لا تصح الشركة الا بالخلط
لان من مذهب اصحابنا ان شركة الوجوه جائزة وكذلك شركة الاعمال ولا
خلاف ان خلط في واحدة منهما اذ ليس هناك ما يصح ان يخلط من مذهبه والخلط
ليس بشرط في صحة الشركة وايضا قد نص على ان احد المتفاوضين اذا ورث نقدا ابطلت
المفاوضة وكذلك تتعلق الشركة به الا ترى انه يقول لو ورث عرضا لم تفسد
الشركة لانها لا تتعلق بالعروض فلولا ان الشركة تصح بغير الخلط لكانت الشركة
لا تتعلق بان يرث نقدا او يقبضه ما لم يخلطه بمال الشركة وفي تنصيص يحيى عليه السلام
على ما ذكرناه دليل على ان الشركة عنده تصح بغير الخلط قال زفر والشافعي لا تصح
الشركة الا بالخلط على ان الخلط لا تأثير له فوجب ان لا يعتبر به كما لا يعتبر به
في المضاربة والمزارعة في التوكيل لانه يرجع الى بعض ذلك وانما تتعلق صحة
الشركة بالعقد والشروط دون الفعل وما ذكرناه الى آخر المسألة فكله يحصول تمام
المساواة قال فما كان من ربح كان بينهما نصفين وكذلك ما كان بينهما من وضيعة

ونفقه

ووجهه أن المساواة لا تكون الا كذلك قال وكل ما لزم احدهما من دين لزم صاحبه ولصاحب الدين مطالبة من شاء منهما الا ما لزم بجناية او نكاح المراد بالدين هو الدين المتعلق بالتجارة لان الشركة وقعت في التجارة والجناية والنكاح لا تعلق لهما بالتجارة فعلى هذا لا يضمن احدهما ما كفل الآخر وكذلك الاستهلاك وروى الكرخي عن ابي يوسف ومحمد وهو استهلاك الغصوب وما جرى مجراه وهو الصحيح لانه لا خلاف انه لا يلزم احد الشريكين ما لزم الآخر من المهر بنكاح صحيح او وطء بشبهة فكذلك ما ذكرناه والعلة انه لا تعلق له بتجارتهما لان الشركة انما هي في التجارة **مسئلة** قال وان باع احدهما شيئا من رجل كان لصاحبه ان يطالب المشتري بالثمن وكان للمشتري ان يرجع على من شاء منهما بالعيب ان وجد في المبيع وكذلك ان استحق المبيع وهذا مما لا احفظ فيه خلافا بين من قال بشركة المفاوضة لان ذلك من جملة التجارة فوجب ما ذكرناه قال وتكون نفقتهما من جميع المال وذلك انها من جملة البيع والشراء ولانا لو افردنا كل واحد منهما بالنفقة لجوزنا ان يكون له نقد لا يدخل في الشركة وهذا يفسد شركة المفاوضة فان كانت نفقة احدهما اكثر من نفقة الآخر فطابت بها نفس الآخر جاز ذلك وان لم تطب نفسه حسب ذلك عليه ولم يستوفيا منه الا ان على شركتهما وان احب ان يدفع ماله عليه غرضا جاز لان زيادة العرض لا يبطل شركة المفاوضة وهذه الجملة لا خلاف فيها بين من اجاز شركة المفاوضة لانها موضوعة على المساواة وفي زيادة نقد احدهما ازالة المساواة وقوله لم يستوف ما وجب على صاحبه يبين ان الشركة لا تبطل بالملك للنقد حتى يضامه القبض وبه قال ابو حنيفة واصحابه ولا خلاف ان زيادة العروض لا تبطل شركتهما لان الشركة لم تتعلق بها وكذلك ان باع ارضا او غيرها وقبض الثمن بطلت الشركة وكذلك ان ورث نقدا فقبضه بطلت وما لم يقبض يكونان على الشركة على ما بيناه من المذهب والاتفاق وكذلك ما يرث من النقد لا يبطل الشركة حتى يقبض وبه قال ابو حنيفة واصحابه واما ان ورث شيئا سوى النقد لم تبطل شركتهما لما ذكرناه من انه لا يتعلق بتجارتهما والوجه ان الشركة لا تصح بالدين وانما تصح بالحاصل المقبوض فلذلك اشترطنا القبض

باب الشركة على غير المفاوضة

الشركة على غير المفاوضة

إذا اراد الرجلان ان يشتركا شركة على غير المفاوضة فلهما ان يشتركا بما شاءا من نقودهما
قليلاً كان او كثيراً استوى كان لكل واحد منهما نقد غير ما اشتركا فيه او لم يكن ولا بأس
ان يستوي مالهما من النقد او يختلف وهذه الشركة هي التي تسمى شركة عنان وقد
يقال بفتح العين وكسره فمن قال بفتح العين يذهب الى انه من عنّ الشيء اي عرض ومنه
قيل عنان السماء فكان المراد انهما اشتركا في شيء عرض ولم يشتركا في جميع النقود
كالمفاوضة ومن قال بكسر العين قال انه مأخوذ من عنان الدابة والراكب يضعه
في يد واحدة دون الأخرى وهو راجع الى المعنى الأول لأن المراد به شركة في
أمر خاص دون ما سواه كما يضع الراكب العنان في يده الواحدة دون الاخرى
وهذه الشركة لا خلاف فيها في صحتها بين العلماء وانما الخلاف في الاسم والمسلمون لم يزالوا
يستعملونها في الأعصار اجمع لا يتناكرونها ولا يختلفون فيها فاما الاسم فالمحكي عن
مالك انه قال لا اعرف العنان واصحابنا ايضاً لم يستعملوا هذا الاسم والاسم لا معتبر به
وانما الاعتبار بالمعنى وقد بينا انه لا خلاف فيه وروى زيد بن علي عن ابيه عن جده
عن علي عليهم السلام أن رجلين كانا شريكين على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله
فكان احدهما مواظباً على السوق والتجارة والآخر مواظباً على المسجد والصلوة فلما كان
عند قسمة الربح قال صاحب السوق اجعل لي الفضل فقال صلى الله عليه وآله وسلم
انما كنت ترزق لمواظبة صاحبك على المسجد فدل ذلك على جواز الشركة على ما بيناه
وعلى ان الربح لا يجب فيه التفضيل من اجل العمل وانه يكون على ما يوجب العقد وعلى
قدر رؤس الأموال **مسألة** قال واذا اشتركا على ذلك وجب ان يشترطا الربح
بينهما على ما احبا من التسوية والتفضيل وتكون الوضيعة على قدر رؤس الأموال
فان اشترطا في الوضيعة على خلاف ذلك بطل الشرط قال القسم عليه السلام
ان لم يشترطا في الربح شيئاً كان الربح بينهما على قدر رؤس اموالهما ليس معنى
قوله وجب ان يشترطا الربح انهما لو لم يشترطاه على ما احبا من النصف او الثلث او
الثلثين او اقل او اكثر بطلت وهذه الجملة لا خلاف فيها فيما احفظه ولا يستحق
العامل زيادة الربح لأنه يستحق بالعقد او على قدر رؤس الأموال وقد دل عليه الخبر
الذي رواه زيد بن علي عليهما السلام اذ لم يجعل النبي صلى الله عليه وآله للمواظب
على العمل زيادة من الربح وقلنا ان الوضيعة على قدر راس المال لأنا لو قلنا خلاف ذلك



كما قدمنا الشريك وهو كالمضارب لا ضمان عليه وهو أمين فيما في يده وعن
علي عليه السلام ليس على من قاسم الربح ضمان يعني الشريك والمضارب ويقاس على المضارب
مسألة قال ولا يجوز خلافا في الشركة الا النقود فان اراد ان يشتركا في شيء
سوى النقود باع صاحبه نصفه او جزءاً منه على قدر شركتهما من شريكه ثم اشتركا فيه
ووجه قولنا ان هذه الشركة لا تصح الا بالنقود انها تقتضي الوكالة في التصرف فمن كل واحد
من الشريكين لصاحبه ولا يصح للرجل ان يقول بع عبدك هذا على ان يكون ثمنه بيني وبينك
فاذا كانت الشركة تتضمن الوكالة على الحد الذي بيناه ولم يصح ما ذكرناه لان من
قول الرجل لصاحبه بع عبدك على ان يكون ثمنه بيني وبينك كانت الشركة بالعروض
جارية ذلك المجرى فوجب ان تكون فاسدة وقول الشافعي في هذا على ما بلغني يختلف
وقلنا انهما ان يشتركا بشيء سوى النقد باع صاحبه نصف ذلك الشيء او جزءاً منه من شريكه
ثم اشتركا وهذا ايضا يجوز على اصحاب الشافعي وهو قول محمد ووجب ان يكون صحيحا لان
توكيل الرجل صاحبه ببيع ملكه جائز فايهما باع كان وكيل صاحبه وكانا شريكين في الثمن
على قدر المالين واستمر التوكيل في التصرف في اثمانهما فوجب ان تصح الشركة فيما ذكرناه
على ما بيناه **مسألة** قال وان كان احدهما يلي العمل دون صاحبه فاشترطا
له ثلثي الربح وثلثه للذي لا يلي العمل كان ذلك جائزا وان اشترطا ثلثيه للذي
لا يلي العمل وثلثه للذي يلي العمل كان الشرط فاسدا وكان الربح بينهما على قدر رؤوس
اموالهما وهذا يكون اذا اشترطا في اصل الشركة ان يكون العمل لاحدهما دون صاحبه
فاذا كان ذلك واشترطا للعامل الثلثين ولصاحبه الثلث جاز لان العامل منهما فيما يأخذ
من الزيادة على قدر رأس ماله يكون آخذا للعمل فيكون حكمه حكم المضارب الا ترى
ان للمضارب ان يأخذ ما يأخذ على عمله اذ لا مال له في المضاربة ولا خلاف في صحتها وكذلك
ما ذكرناه فاما اذا اشترطا ان يكون للذي لا يلي العمل الثلثين وللذي يلي العمل الثلث وجب
ان يكون الشرط فاسدا لانه اذا اخذ زيادة على الربح الذي يكون في رأس المال ولم يعمل
كان ذلك في حكم الربا لانه يكون كرجل اخذ من رجل مالا يتجر فيه فيعطيه ربحه
وزيادة وتلك الزيادة تكون ربا وكذلك اذا شرطا فسد الشرط وكان لكل واحد منهما
من الربح قدر رأس ماله وكذلك ان اشترطا ذلك والعامل احدهما صح ذلك لان مال الذي
لا يعمل يكون في يد العامل على سبيل المضاربة لانه يتجر له فيه ويعطيه ربحه وذلك

مما لا خلاف في جوازه وأما إذا اشترطا في الأصل أن يعملا جميعاً على أن يكون
الربح بينهما نصفين أو أقل من ذلك أو أكثر ثم لم يعمل أحدهما وعمل الآخر صح
ذلك وكذلك إن اشترطا لمن يعمل الثلثين ولمن لا يعمل الثلث لأن الشرط
وقع في الأصل صحيحاً إذ اشترط كل واحد منهما العمل فترك أحدهما العمل
لا يفسده ويدل على هذا ما روينا من أن النبي صلى الله عليه وآله لم يرد من
الربح شيئاً للمواضب على عمله لعمله ولم يبخس المواضب على المتعطل بتركه العمل وكل
هذه المسائل لا خلاف فيها بيننا وبين أبي حنيفة وأصحابه قال وكذلك إن اشترطا لأحدهما
ربحاً معلوماً كذا وكذا درهماً كان ذلك فاسداً وكان الربح بينهما على قدر
رؤوس أموالهما ووجه فساد ذلك أنه يخرجه من الشركة إلى الإجارة لجواز أن لا يربح
إلا ذلك القدر ويجوز أن لا يربح شيئاً ومتى خرج عن الشركة فصار إلى الإجارة لم
تصح الإجارة أيضاً لأن الأجرة لا يجوز أن تتعلق على الأخطار وهذه الأجرة
تكون على أخطار لجواز أن لا يربح شيئاً فوجب فساد ذلك وكان الربح بينهما على قدر
رؤوس أموالهما لأن حكم الشركة إذا فسدت أو المضاربة أن يختص الربح رأس المال
ويحكي أصحابنا عن زفر أنه قال لا يجوز شرط تفضيل الربح في شركة العنان لأن
الربح الزائد يكون بمنزلة الأجرة فلا يستحقه الشريك كطعام بين رجلين استأجر
أحدهما صاحبه بحمله وهذا فاسد من وجوه أحدها أنا نجوز في الطعام ما منعه ومنع
أصحابه منه فلا يلزمنا ما ذكر على أن الربح لا يجري مجرى الأجرة في الشركة لأن
الشركة مخالفة للإجارة على أن ما قال لو صح لبطلت المضاربة على قولهم لأن المضارب
يصير شريكاً في الجزء من الربح فيكون عاملاً في ماله لنفسه وما لصاحبه فيبطل
ما ذهب إليه زفر على وضاعنا وأوضاعهم فصح ما ذهبنا إليه **مسألة**
قال ولا بأس أن يشترك الرجلان على أن يبيعا ويشتريا العروض وغيرهما بوجوههما
وإن لم يكن لهما رأس مال ويكون الربح بينهما نصفين وكذلك الوضيعة تكون بينهما
نصفين ولهما أن يبيعا ويشتريا مجتمعين ومفترقين على ما يشترطان عليه فلا
يجوز أن يشترط أحدهما من الربح أكثر من النصف وإن كان هو أبصر بالشراء والبيع
من صاحبه وهذه الشركة هي التي تسمى شركة الوجوه وقد يصح أن يعبر عنها بشركة
الأبدان وقال أبو حنيفة بجوازها وأصحابه وأبطلها الشافعي فالذي يدل على صحة هذه

الشركة انها تقتضي الوكالة من كل واحد منهما لصاحبه في شراء العين على ان تكون العين
بينهما وهذه الوكالة لو انفردت لصحت واذا تعلقت بالشركة فاولى ان تصح لأن الشركة
يصح فيها ما لا يصح على الانفراد فما يصح على الانفراد اولى ان يصح مع الشركة فاذا صحت الوكالة
على ما بيناه وجب ثبوت الثمن في ذمتهما لكل ما يشتريانه ويكون الربح بينهما اذا باعاه ويكون
كل ما يبتاع من ذلك ملكا لهما جميعا فاستدل اصحاب الشافعي بتعذر الخلط في ذلك على فساد
الشركة وهذا باطل من وجهين احدهما ان الخلط عندنا ليس بشرط في الشركة والثاني ان الاختلاط
يحصل فيه لأن كل ما يشتريانه يكون لهما جميعا وعلى هذا اجزنا والشافعي في الشريكين في شركة
العنان اذا ارادا ان يشتركا في العرض دون النقدين يبيع مالك العرض جزءا منه معلوما لصاحبه
لتصح الشركة **مسألة** قال فان اراد تفضيل احدهما في الربح وجب ان يضمن في الزيادة
بقدر ما يزاد له من الربح وصفة ذلك ان يكون ما يشتريانه بينهما على ما احبا وبيّنا ذلك لكل
من ابتاعا منه شيئا فان لم يفعلا ذلك كان الربح بينهما نصفين والوضيعة كذلك بينهما
نصفين **والعلة** ان هذا انما يصح بينهما بان يوكل احدهما صاحبه بان كل ما يشتريه بينهما على
الثلث والثلثين وكذلك يفعل صاحبه فيكون الثلثان مثلا لمن يريد ان يزاد له الربح
له والثلث لصاحبه فاذا فعل ذلك كان ثلث الربح لاحدهما وثلثاه للآخر ويضمن صاحب
ثلث الربح ثلث المال وصاحب ثلثي الربح ثلثي المال واما بيان ذلك لمن يبتاعان منه
فللتأكيد لا على ان ما فعلاه لا يصح لو لم يبيناه لأنه ليس يجب على الوكيل ان يبين
للبائع انه يشتري السلعة لغيره فان لم يفعلا هذا الذي بيناه في اصل الشركة
وهو التوكيل على ما بيناه على الثلث والثلثين بل اطلقا ان تكون السلع بينهما كان
الربح بينهما نصفين والوضيعة بينهما كذلك لأنا لو قلنا خلاف ذلك اجزنا لاحدهما
ربح ما لم يضمن وقد نهى صلى الله عليه وآله وسلم عن ذلك فلهذا اوجبنا ان يكون الربح بينهما نصفين.

القول في المضاربة

باب القول في المضاربة

المضاربة ان يدفع رجل الى رجل نقدا ذهبا او فضة على ان يتجر به ويكون الربح بينهما
على قدر ما يشترطانه من نصف او ثلث او ربع او اقل او اكثر والوضيعة على
صاحب المال والذي يدل على صحة المضاربة الاجماع لا نعرف فيه خلافا ويدل
على ذلك ما رواه زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام انه قال في

المضارب يضيع منه مال المضاربة لا ضمان عليه والربح ما اصطلحا عليه والوضيعة
على المال فدل ذلك على صحة المضاربة من وجوه احدها انه قول علي عليه السلام وقوله
عندنا حجة والثاني لا يحفظ عن احد من الصحابة خلافه فجرى مجرى الاجماع منهم والثالث
انه من العقود التي استمر عليها المسلمون من لدن الصحابة الى يومنا هذا من غير تناكر فوجب
ان يكون صحيحا وروي ان ابا موسى دفع قرضا من مال المسلمين بالعراق الى ولدي عمر فربحا
فيه فاراد عمر ان ينتزع الربح منهما فقال احدهما ارايت ان هلك على من كان الضمان فقال
عليهما فقيل لو جعلته قراضا فدل ذلك على ان القراض كان معلوما بينهم فاما من قال
انما يصح قياسا على المساقاة فقد ابعد فيه لان المساقاة مختلف فيها قد ابطلها خلق من
العلماء والمضاربة لا خلاف فيها فكيف يجوز ان يكون المختلف فيه اصلا للمتفق عليه هذا
سهو من الشافعي وما قلناه من ان الربح بينهما على ما يشترطانه والوضيعة على صاحب
المال قد رويناه عن علي عليه السلام في الخبر الذي ذكرناه لا خلاف فيه ايضا وقد نص
عليه زيد بن علي عليهما السلام **مسألة** قال ولا يجوز ان يشترطا
لاحدهما ربحا معلوما من درهم فما فوقه فان اشترطا ذلك فسدت المضاربة وكان
الربح لصاحب المال والوضيعة عليه وللعامل اجرة مثله وهو قول زيد بن علي عليهما السلام
وبه قال ابو حنيفة واصحابه ولا احفظ فيه عن غيرهم خلافا ووجهه انه اذا جعل
لاحدهما ربحا معلوما خرج من باب المضاربة الشركة هذا اذا كان المشروط له الزيادة
هو المضارب فان كان هو صاحب المال كان ذلك ربا وحصل العامل على اجارة فاسدة
واذا صار بمنزلة الاجارة الفاسدة وجب ان يكون للعامل اجرة مثله كما يكون له
ذلك في الاجارة الفاسدة وان يكون الربح لصاحب المال ولا حق فيه للعامل
لبطلان الشركة **قال** وان لم يشترطا في المضاربة في الربح اصلا بتعلق ما فسدت
المضاربة وذلك ان الشركة تتعلق بالربح فاذا لم يتبين ما يقتسمان عليه فسدت
الشركة واذا فسدت كانت اجارة فاسدة على ما تقدم القول **مسألة**
قال ولا يجوز ان يدفع الى المضارب سوى النقد من عرض او حيوان او متاع او غيره
ذلك بقيمته فان فعل فسدت المضاربة وهو قول زيد بن علي عليهما السلام
وقال الشافعي تصح المضاربة بالعروض وبه قال ابو حنيفة واصحابه مثل قولنا
وهو قول اكثر العلماء ووجهه ما بيناه في باب شركة العنان من ان الشركة تقتضي

الوكالة

الوكالة ولا يصح ان يقول الرجل بع هذا العبد على ان يكون الربح بيني وبينك فكذا المضاربة
بالعروض فأما المروي عن القاسم من اجازتها بالعروض فالذي عندي فيه انه اراد ان يكون
صاحب المال يدفع العرض الى المضارب ليبيعه وتكون المضاربة تقع على الثمن الحاصل وهذا ليس
ببعيد على مذهب يحيى عليه السلام بل قد نص عليه في الفنون فتكون المسألة
على هذا وفاقا بينهما والله اعلم **مسألة** قال فان اشترط صاحب المال
على المضارب ان يتجر في بلد بعينه لم يكن للمضارب ان يخرج بالمال من ذلك البلد فان أخرجه
وتلف ضمن وان لم يتلف وربح كان على اصل المضاربة وقال ابو حنيفة مثل قولنا في انه
لا يجوز ان يخرجه من ذلك المصر وانه يضمن ان اخرجه وقال هو واصحابه ان الربح يكون له
ويؤمر ان يتصدق به في قول ابي حنيفة ولا يؤمر في قول ابي يوسف ومحمد قلنا انه يضمن
ان أخرجه من ذلك البلد ان تلف لانه قد تعدى في اخراجه لأن رب المال جعل ذلك
البلد بمنزلة الحرز فاذا أخرجه منه كان بمنزلة من وضعه في موضع ليس بحرز فان
تلف ضمن ولأن تخصيصه بلد بعينه جائز كما يجوز تخصيصه بنوع من التجارات
فان سلم وربح فانهما على اصل المضاربة وذلك ان المضاربة كانت في الأصل
صحيحة ولم يخالف المضارب في التجارة وانما خالف في موضع الاحراز فلم يجب
ان يجعل الربح له ووجب ان يكون الربح والمضاربة على ما كانا عليه فان كان صاحب
المال امره ان يتجر في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجر في غيرها فان اشترى غيرها
ضمنه المضارب فان اجاز صاحب المال شراه جاز وكان الربح له وللمضارب اجرة مثله
ولا يجاوز بها ما شرط له من الربح وان لم يجزه كان المضارب ضامنا فان كان فيه ربح
كان لبيت مال المسلمين وذلك انه لما امره ان يتجر في سلعة بعينها فاشترى سواها
كان مخالفا في التجارة فجرى مجرى الوكيل يامره الموكل بشراء شيء فيشتري له غيره في انه لا يلزم
الموكل ويكون الشراء للوكيل فان اجازه الموكل جاز على اصلنا في اجازة الشراء الموقوف لان المشتري
له اذا لم يجزه صار الشراء لمن اشتراه ووجب صرف الربح لبيت مال المسلمين لأنه صار
اليه من وجه محظور والأصل فيه ما روي عن عاصم بن كليب عن ابيه في الشاة
المغصوبة التي دعي النبي صلى الله عليه وآله وسلم اليها ولم يسغها فسأل عن شأنها
فاخبر انها لغيره وانها ذبحت بغير أمر صاحبها فامرهم ان يطعموها الاسارى فدل ذلك
على ان ما يصير الى الانسان من جهة محظورة يكون سبيله لبيت مال المسلمين لأنه

الاسرى يلزم ان يطعموا من بيت مال المسلمين وقلنا لا يجاوز في اجرة المثل ما شرط
كما نقول في الاجارة الفاسدة لانه رضي بذلك فلا يعطى اكثر مما رضي به لفساد
المضاربة وبه قال ابو يوسف وقال محمد يعطى اجرته بالغة ما بلغت وقال ابو يوسف
ان لم يكن ربح فلا شيء له وهو الاشبه بقولنا قال محمد له اجرة مثله وقول الشافعي كقول
محمد ومالك مع ابي يوسف قول المخالف في هذا يؤدي الى اكل مال الغير بالباطل لان المضارب
اذا اختار الربح فاكله اجرته بالباطل يؤدي الى ان يكون الجاني احسن حالا من لا جناية
له اذا ربح لان الجاني يستحق اجرة مثله وان لم يجن لا يستحق شيئا وهذا اختلاف
العقل والشرع **مسألة** قال وان كان صاحب المال نهاه عن بيع السلعة
نسيئة لم يجز له بيعها نسيئة فان فعل ضمن وذلك ان حكمه في ذلك على ما بينا
حكم الوكيل ولا خلاف ان الموكل اذا قال للوكيل بالبيع لا تبع نسيئة لم يجز بيعه نسيئة
وانه ان فعل ضمن وكذلك المضارب اذا خالف في ذلك قال فان كان صاحب
المال لم يشترط ذلك جاز له فعله لان الناس قد يفعلون في التجارات وقد جرت
به العادة وكذلك الوكيل بالبيع لو باعه نسيئة جاز بيعه اذا لم ينهه صاحب المال
الموكل له عن ذلك وكذلك المضارب **مسألة** قال ولا يجوز له ان
يخلط مال المضاربة بماله ولا ان يدفعه الى غيره مضاربة الا ان يكون صاحب المال
قال له اعمل فيه برأيك فان كان قال هذا القول جاز له خلطه بمال نفسه ودفعه
الى غيره مضاربة ولم يجز له ان يقرض من هذا المال احدا ولا ان ياخذ به سفتجة
الا باذن صاحبه في هذين المعنيين بعينهما ووجهه ان الخلط ضرب من الاستهلاك
ولان الوكيل ليس له ان يخلط مال الموكل بمال نفسه وكذلك المضارب وكذلك
لا يجوز له دفعه الى غيره مضاربة لانه اثبات شركة الغير في ماله وليس له
ذلك الا باذن صاحبه لانه ليس مما يشتمل عليه عقد المضاربة الاولى
فان فعل قال له اعمل فيه برأيك جاز له الامران لانه قد رآه ولا يزيل الغرض
المقصود وهو معنى التجارة وطلب الزيادة وقلنا انه لا يجوز له ان يقرض
منه ولا ان ياخذ به سفتجة الا ان ياذن له فيهما بعينهما وذلك ان القرض
والسفتجة يزيلان الغرض المقصود بالمضاربة وهو التجارة وطلب الربح والعقد على
ذلك وقع وقوله اعمل برأيك ظاهره فيما يتعلق بالغرض المقصود من التجارة ووجوهها

دون ما سواها الا ترى انه لا يجوز له اذا قال اعمل برأيك ان ينفقه على نفسه وعياله
ولا ان يتصدق به ولا ان يهبه لانه مخالف للغرض المشروط ولان العقد لم
يتضمن ليشمل عليه لأن ليس من جملة التجارة والسفتجة بمعنى القرض فوجب ان
تكون كالقرض **مسألة** قال وما ينفقه المضارب على التجارة
فهو من الربح وان لم يكن ربح كان من اصل المال وما ينفقه على نفسه من ماله ما دام مقيما
فان سافر بالمال كانت نفقته من المال وبه قال ابو حنيفة واصحابه واصحاب الشافعي جعلوا
نفقته اذا سافر على قولين قلنا انه ما اقام فنفقته على نفسه من ماله لانه لا خلاف
فيه ولانه لم يكن مقيما بسبب المضاربة والتجارة بل الاصل الاقامة فاما اذا سافر
فنفقته من المال لانه سافر للتجارة لا فيما يلزمه من المؤنة في النفقة تجري مجرى سائر مؤن
التجارة كالكرى لحمل المتاع ولمن يحمل المتاع من الموضع الذي يوضع فيه وما جرى مجراه
فان قيل هذا يؤدي الى زيادة العامل بشيء من الربح وهذا فاسد **قيل**
له نحن لا نجعل ذلك من الربح وانما نجعله من المال لانه يجري مجرى سائر
المؤن التي يحتاج اليها المال وحكي عن بعض العلماء ان له ان ينفق من المال القدر
الزائد على نفقته في الحضر وليس ذلك ببعيد واظنه عن بعض اصحاب الشافعي
مسألة ولو كان المضارب اشترى سلعة قبل اخذ المضاربة
او بعد قبضه يعني مال المضاربة لم يجز ان يدخله في المضاربة ووجهه ان المضارب
اذا اشتراه على ما بيناه كان ذلك له ولم يكن لصاحب المال ولا يجوز ان يدخل في
المضاربة ما لم يكن ملكا لصاحب المال لان من شرط المضاربة ان يكون المال لرب المال
دون المضارب **مسألة** قال ولو ان رجلا دفع الى رجل دراهم
معلومة مضاربة صحيحة واذن له في ان يستدين دراهم معلومة لتكون مع التي
قبضها مضاربة فاستدانها الرجل كان جميع ذلك مضاربة ووجهه انه وكله
باستدانة مال معلوم واذن له ان يضمه الى الذي اعطاه فوجب ان يصح ذلك
لان الوكالة في ذلك صحيحة وشروط المضاربة صحيحة قال وان اذن له ان يستدين
دراهم غير معلومة المقدار صحت المضاربة في التي قبض وفسدت فيما استدان
المضارب وما كان فيه من ربح او خسران فهو للمضارب ووجهه ان قدر ذلك مجهول
ولا بد من ان يكون مال المضاربة معلوما والا لم تصح المضاربة فاذا كان التوكيل

للمضارب وبطلت المضاربة في الذي قبض فيه بطل التوكيل فوجب ان ذلك الذي
استدان للمضارب واذا كان كذلك كان ربحه له وخسرانه عليه قال ولو ان مضاربا
اشترى سلعة بثمن معلوم واشترط ان يبيعها شيئا فزادها كانت الزيادة على المضارب
في خاصة ماله ووجهه انه متبرع بها وليس للمضارب ان يتبرع بشيء من مال رب المال
فوجب ان يكون ذلك لازما للمضارب والا يكون من مال رب المال **مسألة** [١٠]
قال ولو ان صاحب المال ربح المضارب في شيء اشتراه المضارب من مال المضاربة صح
ذلك وكان بينهما وهذا معنا لا ان يكون في الشيء ربح فيشتري صاحب المال نصيب
المضارب منه كان يكون المضارب اشترى عبدا بخمسمائة وقيمته سبعمائة
فيكون نصف الربح للمضارب وهو جزء من سبعة اجزاء فيشتريه صاحب المال
ويأخذ العبد فان كان بجميع راس المال كان ذلك فسخا للمضاربة فان كان ببعض راس
المال كان ذلك فسخا لذلك القدر ولا يجوز ان يشتري غير ما ذكرنا فيكون بمنزلة
من اشترى مال نفسه من وكيله وذلك لا يصح لان المضارب بمنزلة الوكيل فان
كان شيء يكافي الربح هذا ما يوجبه القياس الا ان الاستحسان يوجب صحته
ذلك لوجهين احدهما الاجماع فانه مما لا خلاف فيه والثاني ان المضارب قد تعلق له
بالمال حق وليس كالوكالة المحضة الا ترى ان صاحب المال ممنوع من التصرف فيه
ما دامت السلعة قائمة الا باذن المضارب فان حق التصرف للمضارب فصح ان يشتريه
كالسيد يشتري من المكاتب ما في يده قال وان اشتراه للمضارب من نفسه كان الشراء فاسدا
ووجهه ان الخصومة تكون بين البايع والمشتري في حقوق القبض والتسليم والرد
بالعيب ولا يجوز ان يكون الانسان خصم نفسه قال ولا باس لصاحب المال ان يعين
المضارب ان استعان به فيبيع له ويشتري وتكون المضاربة بينهما صحيحة على ما
كانت ووجهه انه معونة واحسان اليه ولا يوجب ذلك فسخ ما بينهما قال الله تعالى
تعاونوا على البر والتقوى قال ويكون وكيل صاحب المال لان التوكيل فيه الى
المضارب **مسألة** [١١] قال وان اتجر المضارب بالمال دفعة فربح ثم اخرى
فخسر ولم يكونا اقتسما الربح بل كان في المال وجب ان ينظر الى راس المال هل يفضل عنه
شيء فان فضل كان بين المضارب وصاحب المال وان لم يفضل عنه شي لم يكن للمضارب
فيه قسم هذا وهما على مضاربتهما ولا شي للمضارب الا من الربح ولا ربح الا بعد

سالمًا من رأس المال وإذا ربح ثم خسر فيجب أن يحتسب حصول رأس المال وهذا أمر
لا خلاف فيه قال فإن كانا اقتسما الربح الأول كان ما أخذه المضارب له وكذا القول
إن اتجر بالمال دفعات كثيرة فربح في بعضها وخسر في بعضها قال أبو حنيفة هذه
كالأولى يجمع الجميع ويحتسب ما أخذه المضارب ثم يرفع رأس المال ثم يقسم الربح ثم
بعد ذلك إن كان وكلام يحيى في الأحكام على أنه رأى قسمة الربح الذي وقع
للمضاربة الأولى وأن ما بعده مضاربة ثانية ابتداء فلذلك لم يحتسب الربح
المتقدم في المضاربة الثانية ووجهه أن قسمة الربح لا تكون إلا بعد إقرار رأس المال
فإذا رضوا بذلك جرى مجرى التفاسخ والله أعلم **مسألة** قال وإذا ادعى
المضارب ذهاب المال كان القول قوله مع يمينه وهذا مما لا خلاف فيه لأن يده يد
بالإجماع يد الأمانة والأمين يجب أن يكون القول قوله فيما في يده كالمودع وقد ذكرنا
ما روي عن علي عليهم السلام أنه قال في المضارب يضيع منه لا ضمان
عليه وهذا في المضاربة الصحيحة فأما الفاسدة فإن المضارب يكون في حكم
الأجير المشترك في الإجارة الفاسدة وقول أبي حنيفة أن هذه كالأولى فأما
عندنا وعند أبي يوسف ومحمد فهو ضامن لما في يده لأنا نضمن الأجير المشترك
ما تلف على يده إلا أن يكون تلف بأمر غالب لا قبل له به فإن ادعى تلفه بأمر غالب
فعليه البينة فيما ادعى قال ولو أنه ضمن المال كان ضمانه باطلًا إن شاء وفى وإن شاء
لم يف ووجهه أنه في حكم المودع فيجب أن يبطل ضمانه كما يبطل ضمان المودع فإن
قيل فهلا جعلتموه كالمستعير يضمن إذا اشترط الضمان **قيل**
له لأن المستعير إذا اشترط الضمان كأنه جعل الحفظ في مقابلة ما يستوفيه
من المنافع فأشبه الأجير المشترك وليس للمضارب منافع معلومة فيجعل
الحفظ في مقابلتها فإن اشترط الحفظ كان متبرعًا به وليس كذلك المستعير
لأنه يستوفي المنافع على الحفظ **مسألة** قال وإذا مات المضارب
وقد بان مال المضاربة فصاحبه أولى به وإن لم يكن بينة استحقه بالبينة إن
جحده الورثة فإن لم يكن له بينة استحلف الورثة أما إذا ابتان مال المضاربة فلا
إشكال أن صاحبه أولى به لأنه لم يخرج عن ملكه فإن لم تكن له بينة وأقر الورثة أنه
في جملة تركته فلا خلاف أن صاحب المال يستحق ذلك القدر بمنزلة الدين وإن جحده

وان جحده الورثة لم يثبت الا بالبينة كالدين يدعى على الميت وينكره الورثة لانه
يثبت الا بالبينة قال وان كان على المضارب دين وعنده مال المضاربة لم يفرق فكان صاحب
المال اسوة الغرماء وبه قال اكثر العلماء ابو حنيفة وغيره قال القسم الدين اولى ووجهه اذا لم
يكن مفرزا عن مال المضاربة صار الجميع اثاثه بين الورثة ولا يجوز ان يصير مال الغرماء
اثاثه لا بعوض للغير فاشبه الدين فوجب ان يكون هو اسوة الغرماء وهذا اذا اعلم انه كان
في جملة ماله باقرار الورثة او البينة وايضا فان المضارب لما امكنه البيان فلم يبينه
حتى يتصل رب المال الى حقه بعينه صار مضيعا له بمنزلة من جعله في غير حرز فيجب
ان يصير ضامنا له واذا ضمنه صار دينا عليه **ووجه** ما ذهب اليه القسم عليه
السلام ان الدين اولى لانه مضمون في الاصل وليس كذلك مال المضاربة ويجب
ان يكون حاله اقوى والصحيح ما ذهب اليه يحيى وحكى عليه السلام ومثل قوله
عن علي عليه السلام **مسئلة** قال وان دفع ماله مضاربة الى عبد
ماذون له في التجارة صحت المضاربة وكان هو والحر فيه سواء فان اتلف العبد
المال اخذ السيد ببيعه وبيع ما في يده من مال السيد حتى يستوفي صاحب المال حقه
والعبد الماذون له في حكم البيع والشراء والتجارة والاجارة كالحر لا خلاف فيه فوجب
ان يكون كذلك في المضاربة فاما اذا تعدى واتلف يلزم سيده الى قيمته وقيمة ما في
يده من مال التجارة لان هذا حكم ما يضمنه في سائر البياعات والاشربة والاجارات
قال وان دفع الى عبد غير ماذون له في التجارة كانت المضاربة فاسدة
فان اتجر العبد فيه فربح كان لصاحب المال وللعبد اجرة مثله وان تعدى فاتلف كان
دينا عليه يطالب به اذا عتق وكذا ان ما يعاقد به صاحب المال عبدا غير ماذون له في
عقد المضاربة لا يصح لان عقوده على نفسه تصح باذن مولاه فاذا لم ياذن مولاه فسد
العقد فكانه دفع اليه على مضاربة فاسدة فكان الحكم ما ذكرناه فان تعدى واتلف
المال كان دينا عليه يطالب به اذا اعتق لان صاحب المال رضي بتصرفه في المال ودفعه
اليه ولم يكن لمولاه فيه اذن فوجب الا يلزم بتعديه مولاه بمنزلة من يقرضه
مالا فينفقه انه لا يلزم سيده لان صاحب المال رضي بذمته **فان قيل** صاحب
المال لم يرض بتصرفه في الاستهلاك فانما رضي بتصرفه في التجارة **قيل**
له رضي بذمته لما سلم اليه المال لانه لم يامن ان يتحول اليه المال فوجب ان لا يلزم سيده



قال وان دفع ماله مضاربة الى المراهق باذن ابيه او وليه او وصي ابيه صحت المضاربة وان اتلف الصبي المال وجب ذلك عليه في ماله وذلك ان المراهق اذا اذن له من يلي عليه في التجارة صح بيعه وشراؤه وعقوده عندنا فلذلك قلنا ان المضاربة صحيحة فان اتلف المال كان عليه في ماله كسائر جناياته في الاموال فان لم يكن له مال كان دينا عليه يطالب به اذا ايسر **قال** فان دفع اليه بغير اذن من يلي عليه فسدت المضاربة وكان للصبي عليه اجرة المثل لان عقوده لا تصح فلم يصح عقد المضاربة كما بينا في العبد الذي لم يكن مأذونا له **فان قيل** فما تقولون في توكيل الصبي والعبد المحجور عليه **قيل** له يجوز ولكن لا عهدة عليهما والعهدة على الموكل لانهما كالصغيرين عنده لا ... والله اعلم واحكم

باب شركة الابدان

لا باس ان يشترك الصانعان في صنعتهما صناعتهما ويقتسما ما رزقهما الله تعالى من كسبهما بينهما نصفين ويكون الضمان عليهما نصفين فان اشترطا في الربح لاحدهما الثلث وللآخر الثلثين كان الشرط باطلا وكان الربح بينهما نصفين لان الضمان عليهما سواء وهذه الشركة تسمى شركة الابدان والاعمال ولا يبعد ان يقال شركة الوجوه وهذه اسماء والمرجع الى معنى واحد قال ابو حنيفة هي صحيحة وقال الشافعي لا تصح وابطلها وهذه الشركة مثل شركة الوجوه في شراء الاموال وكل واحدة منهما تتضمن التوكيل هذه في التقبل والعمل من كل واحد منهما لصاحبه ويدخل الضمان فيه على سبيل التبع للتقبل وتلك تتضمن التوكيل من كل واحد منهما لصاحبه في شراء الاموال وبيعها ويدخل الضمان على سبيل التبع من حيث التمليك ووجه صحة هذه ما ذكرناه في تلك وذكر ابو بكر الجصاص ان هذه الشركة معقودة على الضمان فيه على سبيل التبع على الضمان وما ذكرنا اولى بمذهب يحيى بن الحسين عليهما السلام لانه اشار الى تقبل الاعمال في العهدة التي ذكر انها تكثر بين هذين الشريكين قال ابو بكر الا ترى انه لا يجوز ان يقول تقبلت بعمل تعمله على ان يكون الربح بيني وبينك وليس لهما ما يستحقان عليه الربح فاذا لم يكن هناك وجه يجوز ان يستحق عليه الربح غير الضمان صار عقدهما للشركة متضمنا للضمان وموجبا له يقال لهما تنكر على من قال لك هاهنا وجه

تمّ نصف الاوّل

غيره ما ذكرت وهو ان يوكل صاحبه بتقبل العمل وبالعمل ويرجع اليه ويضيف العمل اليه فيستحق به الربح ويدخل الضمان فيه من حيث حصل التقبل كما نقول في مثله في شركة الوجوه في شرى الاموال واذا صح ذلك بطل ما اعتمد به ثم يقال له لو لم يكن ههنا الا الضمان لم يستحق الضامن الربح الا ترى ان رجلا لو اشترى سلعة فضمنها عنه آخر فلا يستحق شيئا من الكسب واجرة العمل فبان به صحة ما ذكرنا من ان هذه الشركة تقتضي التوكيل مثل تلك فان الضمان عليهما جميعا يحصل على سبيل التبع على ما بيناه على ان سائر الشركة تتعلق بالتوكيل والضمان جميعا وذلك نحو شركة العنان وشركة الوجوه في شرى الاموال وشركة المضاربة فوجب ان تكون هذه الشركة كذلك والعلة انها من شركة العقود لا على المفاوضة ويدل على صحة ما ذكرناه انهم قالوا ان هذه الشركة تصح فيما يصح فيه التوكيل من البيع والاجارة ولا تجوز فيما لا يجوز فيه التوكيل نحو الصيد والاحتشاش لا يصح فيهما التوكيل ولكن حكينا ذلك عنهم لتبيين صحة ما ذهبنا اليه **مسئلة** قال وان ارادا تصحيح شرط تفضيل احدهما في الربح بيناه بينا في اصل الشركة ان احدهما هو الضامن للثلث والآخر للثلثين وانهما يتقبلان العمل على هذا الشرط وقد بينا وجه هذا في مسئلة شركة الوجوه في شركة الاموال والكلام في هذه مثل تلك لان التقبل في هذا يحصل على الثلث والثلثين والتملك في تلك يحصل على الثلث والثلثين فيكون الضمان والربح بحسب ذلك في الشركتين جميعا قال واذا اشتركا على ما وصفنا كان لكل واحد منهما ان يتقبل العمل ويعمله منفردا او مع صاحبه وذلك ان التقبل منهما جميعا وكذلك العمل على حسب ما شرطا فلو ان احدهما عمل ولم يعمل الآخر كان من لم يعمل شريكا لمن عمل لان تقبل كل واحد منهما بينه وبين صاحبه وكذلك عمله **مسئلة** قال ولا بأس بهذه الشركة للصانعين وان اختلفت صناعتهما وبه قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وقال زفر لا تصح هذه الشركة مع اختلاف الصناعتين ذكره الكرخي والصحيح ما ذهبنا اليه من صحتها مع اختلاف الصناعتين لانها ان كانت معقودة على التوكيل على ما بيناه او على الضمان على ما حكيناه فهي صحيحة مع الصناعتين الا ترى انه يصح مع الصائغ ان يتقبل الخياطة بنفسه ووكيله ثم يستعمل الخياط وهكذا الضمان يصح من كل واحد منهما فاذا صح ما ذكرناه على ما بيناه صح ان اختلاف الصناعتين في هذا الباب كاتفاقهما على ما ذهبنا اليه **مسئلة** قال وان اختلف الشريكان في ذلك بطلت شركتهما وذلك انها شركة معقودة

على الوكالة

كذا

على الوكالة وليس فيها مال يتعلق الحق به فاذا ... كل واحد منهما ما يلزمه
صاحبه فانكره فقد زال ما بينهما الا ترى ان رجلا لو قال لآخر وكلتك بشراء العبد فقال
بل وكلتني بشراء الفرس او من قال وكلتك بشراء هذا العبد فقال بل وكلتني بشراءه بالف وخمسمائة بالف
لم يستقر بينهما التوكيل فكذلك هذه الشركة **مسألة** قال وهذه الشركة
جائزة بين اهل كل صناعة وذهب ابو حنيفة واصحابه الى ان هذه الشركة لا تصح بين
الصيادين والمحتشين والمحتطبين والعاملين في المعادن والاستيجار وقالوا لان الاستيجار
منهم والتوكيل لا يصح وعموم قوله هي جائزة بين اهل كل صناعة يدل على جوازها فيهم
وقد نص في القنوة على جواز الشركة في المعادن والاستيجار فيهن جائز على مذهب الشافعي
ذكره ابن ابي هريرة في التعليق فالذي يدل على جوازها فيهم ان كل ذلك عمل يصح فيه التوكيل
والاستيجار بدلالة انها كسائر الاعمال فان لها نفعا معلوما **فان قيل** كيف
يكون الاصطياد نفع معلوم وهو يتعلق بالغرر لانه لا يدري هل يتصيد ام لا **قيل**
له انما يجوز ذلك في المواضع التي يجب فيها كاصطياد السموك والطيور لان المواضع التي
المعتادة لا يجب فيها من الغرر الا اليسير الذي يقع مثله في التجارات واذا ثبت انه يصح
التوكيل تجب الشركة فيه على ما بينا لانها معقودة على التوكيل **فان قيل** فانه
قد يقع فيها غرر لانه قد يتقدم الامر فيه ويتأخر ولا يكون منضبطا **قيل** له ليس
يقع فيه الا ما يقع في سائر الاستيجار الا ترى ان الاستيجار على ضراب اللبن قد يتقدم
الامر وقد يتأخر لعرض في ذلك باتصال الامطار ويتقدم لاستمرار الصحو فبان ان مثل هذا
لا يوجب ابطال الاستيجار وقد يجوز ايضا ان يستاجر الخاص على هذه الاعمال تحو
الاجرة بمرور الزمان مع تسليم النفس

باب القول في شركة العلو

والسفل والشوارع والازقة ونحو ذلك اذا كان لرجل سفل بيت ولآخر علو فانهدم
البيت وابى صاحب السفل ان يبني سفله واراد صاحب العلو ان يرد مسكنه قضى له على صاحب
السفل ببناء السفل ليبني هو عليه علوه فان كان صاحب السفل معسرا اطلق لصاحب
العلو ان يبني السفل ويمنع صاحب السفل من سكناه حتى يؤدي الى صاحب العلو ما غرم
في بناء السفل وان احب صاحب العلو استغل السفل الى ان يستوفي ما غرم فيه قال ابو حنيفة

لا يجبر صاحب السفل على بناء السفل ولكن صاحب العلو اذا بنا لا يمنع صاحب
السفل من سكناه حتى يوفيه ما غرم فيه ويكون ذلك في يد صاحب العلو على سبيل الرهن
الى ان يستوفي حقه ووجه ما ذهبنا اليه انه لا خلاف في ان صاحب السفل ليس له ان
يبيع نقض سفله لتعلق حق صاحب العلو به فيجب ان يلزمه اعادته اذا انتقض لتعلق
حق صاحب العلو به لان كل من لم يكن له منع الغير من ملكه لتعلق حق غيره به يلزمه
تسليمه اليه كالدار المستأجرة وكالرهن اذا صار في يد الراهن وما اشبه ذلك ويقال لهم
اذا قلتم انه اذا اعيد السفل كان في يد صاحب العلو على سبيل الرهن الى ان يستوفي منه
ما غرم فقد اوجبتم ذلك على صاحب السفل لانه ان لم يكن ذلك الغرم لازما له فلا وجه
لقولكم انه لا يجبر عليه وقلنا ان صاحب العلو ان احب استغلال السفل الى ان يتوفى
ما غرم فيه لانه انفع لهما واقرب الى ان يصل كل ذي حق الى حقه من صاحب العلو
وصاحب السفل ولان من مذهبنا ان الحاكم يبيع على المديون ماله بحق الغريم اذا تقاعد
من ايفاء حقه فالاستغلال اولى بذلك **قال** وليس لصاحب السفل ان يبيع
نقض سفله وان كان معترا وله ان يبيعه قايما غير منقوض وذلك لان في
نقضه ابطال حق صاحب العلو وهذا ما لا خلاف فيه فاما ان باعه قايما غير منقوض
فذلك جايز ولا ضرر على صاحب العلو فيه اذ حقه ثابت لا مانع من استيفائه
قال وكذلك القول في العاير والنهر يكون بين الشريكين او شركا يبعهم احدهم
بالكسح او بناء المسناة او غير ذلك مما لا بد منه لم يكن لمن لم ينفق فيه شرب حتى يرد
على شريكه ما غرم في حصته ووجهه ما تقدم في المسالة الاولى فلا معنى لاعادته

مسئلة قال ولو اختصم الجيران في عرض الشوارع والازقة فاحسن
التقدير في عرض الشوارع التي يجتازها المحامل والعماريات ان يكون اثني عشر ذراعا وان
يكون عرض الطريق التي هي دون ذلك سبعة اذرع وان يكون عرض الازقة التي لا منفذ
لها على عرض اوسع باب فيها هذا الذي ذكره من التقدير هو ضرب من الاجتهاد وما عرف
من جهة العادة لان فيه دفع ضرر عن المستطرقين وعن الجيران وهو على ما ذكره فيه وهذا
التقدير يحتاج اليه في موضعين اما ان تلتبس حال الطريق وحال ما حولها من الاملاك
فيرجع الى هذا التقدير واما ان يكون حول الطريق ارض موات فيمنع من اراد الاحياء الا بعد
ان يجعل للطريق هذه التقديرات فاما اذا كان حول الطريق املاك متميزة عن الطريق لا التباس

فيها فحكم الطريق ان يترك على ما هو عليه من الضيق والسعة ولتقديره الى ان قال على ان فتح
باب فيه وجه آخر وهو من اراد دخول داره فله ان يدخل في اي موضع شاء من بابه
وكذلك ان اراد الخروج فيصير كل ما انفلت طريقا ولعل هذا الوجه في عرض الدار التي في
صدر الزقاق واضح **مسألة** ويجب ان يمنع الناس من فتح الكنف الى الطريق
والشوارع وان تهدم الصوامع المشرفة على دور المسلمين من المساجد اذا كان يبدو حرمهم
لمن ارتقى فيها ويمنع من ذلك كله لانها اجمع ضرر بالمسلمين وقال صلى الله عليه وآله وسلم لا ضرر
ولا اضرار في الاسلام **فان قيل** انتم لا تمنعون الجار ان يبني لنفسه ما يمكن
الاشراف فيه على منزل جاره بل تقولون ان جاره هو الذي يعمل لنفسه الستر
ان احتاج اليه فكيف قلتم ان الصوامع تهدم اذا امكن الاشراف منها على دور المسلمين
قيل له لان الصوامع بنيت لمصالح المسلمين فاذا حصل فيها الضرر لبعض
المسلمين زال الوجه الذي بنيت له فوجب نقضها والدور والمنازل لم تبن لمصالح
المسلمين بل كل انسان له ان يعمل في ملكه ما يريد ويبني ما يشاء لا يمنع منه لان
في منعه منه ادخال الضرر عليه وقال صلى الله عليه وآله لا يحل مال امرئ
مسلم الا بطيب من نفسه ولا يحل هدم بناه في ملكه ولا منعه من بنائه **مسألة**
قال واذا كانت مزارع ونخيل بعضها منخفض عن بعض امسك صاحب الاعلى الماء للزرع
الى الشراكين وللنخل الى الكعبين ثم يرسل الماء الى من هو اسفل منه ثم كذلك يفعل
من هو اسفل منه حتى ينتهي الى آخر الضياع ان كان كثيرا او ينقطع ان كان قليلا
هذا ذكره على ما عرف من حاجة تلك الارضين الى الماء وعلى ما جرت به عادات اهل
تلك الديار وعلى ما علم من كفاية هذا التقدير لمزارعهم فان كانت مزارع تكون حاجتها
الى اكثر من هذا القدر او اقل كان العمل على مقدار الحاجة وهذا اذا لم يكن الجميع شركاء
في الماء وكان حق الاسفل في الصبابات دون اصل النهر فاما اذا كان للجميع حق في اصل النهر
وكان الكل فيه شركاء اصحاب السفل واصحاب الاعلى فيجب ان يقسم الماء بين الجميع
على مقادير حقوقهم قل الماء او كثر ليكون النفع عائدا على الجميع والضرر ان قل الماء لاحقا
للجميع **مسألة** قال واحسن ما يحمل عليه في حريم راس العين العظيمة
التي يفور ماؤها ان يجعل خمسمائة ذراع من جوانبها الاربع ولا يدخل على صاحبها غيره
في حريمها ولا يحفر فيه وان يجعل حريم البئر الجاهلية خمسين ذراعا من كل جانب

وان يجعل حريم البئر الاسلامية الحادثة اربعين ذراعا وهذه المقادير على ما مضى ذكرها بحسب احوال البئر وتلك الديار وما عرف من الحاجة الى ما ذكر وهذا على ما قدمنا القول فيه يكون على وجهين اذا التبس الامر في الحريم او كان حول حول هذه الآبار والعيون ارضون مباحة فيمنع من زاد الاحيا في مقادير حريمها فاما اذا كان حولها املاك معروفة ثابتة فلا يمنع الملاك من املاكهم **مسئلة** قال واذا اشترك رجلان في عين او نهر كان لكل واحد منهما ان يجري ما له من النصيب في الماء الى ارضه اي موضع شاء بعد ان لا يكون مضارا لصاحبه وذلك ان الماء اما ان يكون ملكا له او حقا فله ما كان فهو اولى به ما لم يضار غيره من نحو ان يكون لغيره في صبابته حق يقطع عنه باجراء الماء الى غير ذلك الموضع فلا يجوز او يحتاج الى سكر لا يتحد الماء بضرب التهوين اذ لا يتم الا بان يستعمل ملك غيره الا فانه لا يجوز فاما اذا سلم مما ذكرناه وما اشبهه فصاحب الماء اولى به يخرجه الى حيث شاء منه والله اعلم والحكم بالصواب وبالله التوفيق

باب القول في القسمة



اذا مات الرجل وخلف تركة وورثة فيهم غيب وضعفاء وطلب الكبار الحاضرون قسمتها كان للحاكم ان يقسمها بينهم ويستحب احضار الغيب فان لم يفعل جاز **اعلم** ان القسمة كلها في معنى البيع وجارية مجراه لان حق كل واحد من الشركاء شائع في الجميع فاذا افرز حق احدهم كان قد جعل غيره عوضا عما جعل من حقه لذلك الغير وهذا هو البيع لانه يملك كل واحد منهما صاحبه ما ملكه بعوض اخذه منه وذهب ابو بكر الدان القسمة الى ان القسمة فيما يكال او يوزن ليس فيها معنى البيع في سائر الاشياء التي تقوم للقسمة وليس ذلك كذلك لان الذي بيناه حاصل فيما يكال ويوزن فيما لا يكال ولا يوزن ودخول التقويم فيما لا يكال ولا يوزن لا يخصصه بالبيع دون ما لا يدخله التقويم ما يكال ويوزن لانه قد يقوم الشيء لا للبيع وقد يباع بغير التقويم لم يحتج الى التقويم فاذا ثبت ذلك فالقياس الا يجبر احدهما على القسمة لانها بمعنى البيع ولا يجبر احد على بيع ملكه مع سلامة الاحوال لكن المسلمين اجمعوا على ان القسمة تجب ويجبر عليها من ابى من الشركاء اذا تعلق النفع والصلاح بها ولم يكن على الشركاء فيها ضرر فعدلنا عن القياس واتبعنا الاجماع **فصل** فان مات الرجل وخلف تركة وورثة وطلب الورثة

أو بعضهم

او بعضهم القسمة نظر فان كان المال ثوبا واحدا او عبدا واحدا او حيوانا واحدا او فصا
واحدا او حانوتا واحدا صغيرا لا ينتفع به مع القسمة او حماما واحدا لم يقسمه الحاكم
لان الغرض بالقسمة نفع الشركاء وصلاحهم فاذا ادت القسمة الى الفساد والضرر لم
يقسم الحاكم وخلا بينهم فان اقتسموا هم على وجه التراضي ما تاتى القسمة فيه لم يمنعهم
فاما ما عدا ما بينا لا وما يجري مجراه مما ياتي فيه القسمة ويكون في القسمة نفع فان الحاكم
يقسم اذا طلبوا القسمة او طلبها بعضهم لا خلاف في ذلك وكذلك ان كان فيهم صغار وغيب
على ما نص عليه وهذا من مذهبه يدل على انه يرى الحكم على الغائب لان القسمة تتضمن
معنى البيع والحكم وقد اجازها على الغائب **مسألة** قال واذا وقعت القسمة صحيحة
عادلة لم يكن نقضها للغائب اذا حضر ولا للصبي اذا كبر وان كانت وقعت غير صحيحة
كان لهم ان ينقضوها فان كان بعضهم قد باع حصته انتقض البيع اذا اجمعوا على ان القسمة
وقعت غير صحيحة وعلى سبيل الغلط واقروا بذلك انتقضت القسمة فان اختلفوا
فالبينة على من يدعي الغلط لان الاصل في معاملات المسلمين الصحة الا ترى
ان احد المتبايعين اذا ادعى فساد البيع وادعى الاخر صحته كانت البينة على مدعي
الفساد واليمين على مدعي الصحة وكذلك في القسمة وما يدعى من الغلط على سبيل
التغابن لم يسمع كما لا يسمع من المتبايعين لان القسمة مع التغابن تصح اذا رضي بها
الشركاء كما يصح البيع اذا رضي به المتبايعان الا ان يكون في القسمة غائب او صبي لم يرض
بها كما يكون ذلك في البيع واما الغلط فيها ان يدفع الثلث الى من يستحق السدس والسدس الى
من يستحق الثلث [النصف] وما اشبه ذلك او جعل لبعضهم ما لا ينتفع به على سبيل الغلط وما جرى
مجراه فاذا كان ذلك نقض الحاكم القسمة كما ينقض البيع اذا جرى فيه ما يفسده وان كان
بعض الورثة باع نصيبه نظر في الغلط فان كان ثبت بالغلط باقرارهم لم ينتقض البيع بل
يلزمهم تعديل القسمة فيما في ايديهم من المقسوم والثمن وان ثبت الغلط بالبينة عند الحاكم
انتقض البيع لان اقرار من خرج الشيء عن يده ودعوى شريكه لا يفسد البيع كما ان رجلا
لو باع من اخر ثم ادعى انه كان في يده على سبيل الغصب وانه كان ملكا لفلان وصدقه
فلان لم يكن للمشتري ازالة ما اشتراه لا ينظر الى اقرار البائع ولا دعوى الاخر وان ثبت
ذلك بالبينة عند الحاكم انتقض البيع فهكذا القسمة **قال** واذا كانت ارضين متفرقة
بين جماعة وكان لبعضهم فيها يسير ولبعضهم فيها كثير وكانت حصة صاحب اليسير

منها ما لا ينتفع بها لقلتها كان له ان يقول للشركاء اجمعوا حصتي في موضع

في كل موضع واحد وحكم له عليهم بذلك وقال ابو حنيفة تقسم كل قطعة منها

على الانفراد وقال ابو يوسف ومحمد مثل قولنا وقالا هو على ما يراه الحاكم من الصلاح

لهم وبه نقول ووجه قولنا ان القسمة موضوعة لصلاح الشركاء وتجري منافعهم فاذا

ثبت عند الحاكم ان صلاح بعضهم ان يجمع نصيبه في بعض المقسوم دون بعض ولم يكن في

ذلك ضرر على الباقين وجب ان يمضي القسمة على ذلك ويحكم بها على الشركاء كما نفعله في

الدار الواحدة والقطعة الواحدة والحانوت الواحد لانها قسمة وقعت على الصلاح

لا ضرر فيها على الشركاء **فان قيل** هذا يجري مجرى البيع ولا يجوز الاجبار على

البيع **قيل** له فكل قسمة تتضمن معنى البيع فكان الواجب ان لا يجبر على شيء منها **فان**

قيل فلا يمتنع ان تتفاوت احوال الدور المتفرقة والارضين المتفرقة فلا يصح قسمة

بعضها في بعض **قيل** له يعدل التفاوت بالتقويم الا ترى ان العرصة الواحدة

اذا كانت واسعة الاطراف يتصل بعض جوانبها بالعمارة وبعضها بالخراب تتفاوت الامر

في جوانبها ولا خلاف انها تعدل بالتقويم ويقسم بعضها في بعض فكذلك ما انكرتموه

فان قيل اذا ثبت ان الاجناس المختلفة لا يقسم بعضها في بعض لتفاوتها

فكذلك ما اختلفنا فيه **قيل** له قد اجبنا عن التفاوت بما كفى ونحن لا

نقول ان الاجناس المختلفة لا تقسم بعضها في بعض على ما سنبينه من بعد

مسألة قال ولو ان رجلا كان له نصيب في جزيرة او عبد او ضطر الى بيعه

وكان لا يشتري نصيبه منفردا حكم على شركائه باتباعه نصيبه منهم او بيع

حصصهم معه هذا قول يحيى وان كان له وجه في النظر فاني لا اقول به لاني

لا اعرفه قولا لاحد قبله ولا آمن ان يكون خارجا عن الاجماع فان كان له قايل

ولم يكن خارجا من الاجماع فوجهه من النظر ان يقال انه اجبار لبعض الشركاء

على المعاوضة على ما يكون على سبيل الشركة موجبا للصلاح من حيث لا ضرر فيه

فاشبه القسمة فوجب ان يلزم الحكم به كما يلزم الحكم بالقسمة الا ترى ان ازالة

الشركة لا ضرر فيها كذلك الشفعة فانها موضوعة لدفع ضرر المشاركة والمجاورة

والله اعلم **مسألة** قال ولا باس بقسمة الارض للخيف بما هذا جايز

لان تعديل الانصباء فيه بالتقويم وكلما امكن تعديل الانصباء فيه بالتقويم

جازت قسمته اختلفت الاجناس او اتفقت يدل على ذلك ما اجمعوا عليه من جواز

قسمة

قسمة البناء مع الأرض والبناء مخالف للأرض أكثر من مخالفة الأجناس فيجب
أن يكون ما ذكرناه جائزاً **فصل** نص في المنتخب على أن بيع الشقوق
مزارعة لا يصح لما فيها من الاختلاف واقتضى ذلك ألا يجوز قسمتها مزارعة
كما أجازها أبو حنيفة وأبو يوسف على اختلاف بينهما في كيفية القسمة ويجب أن تكون
قسمتها على التقويم كما ذهب إليه محمد وذلك أن التقويم أقرب إلى التسوية والتعديل باب

مسألة قال ولو أن شريكين اشتركا في كرم أو ما أشبهه فاقتسما الأصول
دون الفروع كانت القسمة باطلة لهم أن ينقضوها متى لم يتراضوا بها حتى يقتسموا الفروع
مع الأصول ووجهه أن البيع على هذا لا يصح فوجب أن لا تصح القسمة لأن القسمة تجري
البيع على أنه لا التباس في أن قسمة القوائم من الحيوان دون الأعالي لا تصح كما لا تصح
في البيع وعلى هذا سبيل قسمة الأصول دون الفروع فوجب أن لا يصح

مسألة قال ولو اعوجت النخلة فصار فرعها في غير أرض صاحبها حتى يسقط فيها ثمرها حكم على
صاحب الأرض لصاحب النخلة بتسليم ثمرها إليه وحكم على صاحب النخلة بقطع ما
صار في أرض ذلك من فروع النخلة أو رفعها عنه إن أمكن ويقضى على صاحب الأرض
بتسليم ما تساقط إليها من ثمر النخل لأنه ملكه والمالك أولى بما ملك ويقضى على صاحب
النخلة بقطع ما أشرف على أرضه من فروعها أو رفعه لأن من ملك أرضاً كان أولى
بهوائها إلى الجنب انتهى ليس لآخر أن يتصرف فيه ببناء ولا غيره وهذا مما لا خلاف فيه

مسألة قال القاسم عليه السلام ولا بأس ببيع الماء في العيون والأنهار
وقسمته بين الشركاء أما قسمة الماء بين الشركاء فظاهر بين المسلمين لا يتناكرونه
ولا يتدافعونه فلا وجه لإنكار منكرها على أن التعديل فيه ممكن بالأجزاء كما يمكن
فيما يكال ويوزن والعلة أن التسوية والتعديل بالأجزاء فيه ممكن من غير إضرار فيه
بأحد الشركاء فإذا صحت القسمة فيه بما بيناه وجب أن يصح البيع لأنا قد بينا أن
القسمة تتضمن معنى البيع **فإن قيل** إنه مجهول فلا يصح بيعه **قيل**
له بل معلوم القدر فيما تمس إليه الحاجة وما يضبط به مثله لأنه يجوز أن ينضبط
بالمجرى والأوقات التي يجري فيها وإن لم ينضبط مقادير أجزائه كما أن المكيل والموزون ينضبط
بالكيل والوزن وإن جهلت مقادير أجزائه بل مقادير حباته وكذلك الثياب تنضبط
بالذرع والأرضون بالحدود والمساحة وإن جهلت مقادير أجزائها فكذلك الماء مضبوط بما

بيناه فيجب أن يصح بيعه ولا يفسده من هذه الجهة **فإن قيل** فهو في حكم المباح
لقوله صلى الله عليه وآله الناس شركاء في ثلاثة الماء والنار والكلأ وما كان كذلك لم
يجز بيعه **قيل** له إن النبي صلى الله عليه وآله أثبت فيه الحق للناس في مقدار ماء
يحتاج إليه للشفة والوضوء وما جرى مجراهما دون ما سوى ذلك ألا ترى أن المسلمين
قد أجمعوا على أنه لا يجوز لأحد أن يسقي زرعه بماء صاحبه إلا بإذنه فبان أنه مما يصح
تملكه فإذا ثبت أنه قد خرج عن مجرى المباح وإذا صح ذلك صح بيعه قياسا على ماء الإناء
والمعنى أنه ماء مملوك **مسألة** قال وإذا اقتسم الشريكان أرضا بينهما فوقعت
بئر لأحدهما في نصيب صاحبه لم يكن لصاحبه منعه من الدخول إليها فإن كان بينهما بئر
استأنفا قسمة جديدة بينهما وللبئر حريمها ووجهه أن الذي يستحقه كل واحد من
الشريكين نحو ملكه وهو تعديل الأنصباء على وجه ينتفعان به يبين ذلك أنه لا يقسم
ما قسمته ضرر فإذا وقعت القسمة على وجه يلحق الضرر أحدهما دون الآخر لم يكن فيها تعديل
لأن التعديل هو المساواة فيما استحقاه بالملك ولا يجوز القسمة على هذا فإما أن يبطل
ويقسم قسمة جديدة أو يجعل لصاحب البئر طريقا إليها لئلا يكون ليزول الضرر ولا بد
للبئر من الحريم لأن منافعها تتم بالحريم لما بيناه في باب

كتاب الرهون

باب القول في أحكام الرهن وتوابعه



لا يصح الرهن قبل وجوب الحق نحو أن يرتهن رجل من رجل رهنا على أن يقرضه
مالا فإن رهنه على ذلك ثم قبض المال صح الرهن [illegible] معنى قولنا إن الرهن لا
يصح أن الراهن يأخذه متى شاء وليس للمرتهن منعه وأنه إن تلف في يد المرتهن لم يضمنه
وإنما قلنا إذا رهنه قبل وجوب الدين إن الرهن لا يصح لأنه إنما يجوز احتباسه
للمرتهن لتعلق حقه به وضمانه لاحتباسه إياه وإن لم يكن للمرتهن حق يتعلق به فلا
وجه لاحتباسه ولا لضمانه إذا لم يكن محتبسا في يده فأما إذا رهنه على أن يعطيه
مالا قرضا ثم أقرضه وجب أن يستقر الرهن لأن عقد الرهن كان قد حصل
ولم يكن استقر بل كان موقوفا على الفسخ أو التقرير كالبيع الموقوف يكون موقوفا
على الفسخ أو التقرير وكذلك ما ذكرناه من التقرير للرهن فإن أخذه الراهن انفسخ

فان اقرضه ما شرط له استقر الرهن اذ قد حصل السبب المقرر له وهو
القرض قال ولا يصح رهن المشاع مطلقا ولا رهن ما لم يقبضه المرتهن وقال في المنتخب
يجوز رهن المشاع **اما** كون الرهن مقبوضا فهو قول زيد بن علي عليهما السلام وبه
قال ابو حنيفة واصحابه والشافعي ولا احفظ فيه خلافا بين العلماء الا شيئا حكي عن
ابي يوسف مذكور في تعليق ابن ابي هريرة انه قال ان الرهن يصح بمجرد العقد والدليل
على ذلك قول الله تعالى فرهان مقبوضة ونحن لم نعرف حكم الرهن الا من الآية
والآية وردت بذكر قبض الرهن فلم يثبت الرهن الا مقبوضا وهذا يبطل قول من يقول
ان الآية وردت على سبيل النكرة فدلت على جواز رهن غير مقبوض اذ قد بينا ان حكم
الرهن مأخوذ من الآية ولم يرد الا موصوفا بالقبض على ان المحكي عن اجازة غير مقبوض
ان الراهن لو مات لم يلزم الورثة تسليمه الى المرتهن وتخصيصه بالثمن دون سائر الغرماء
وهذا ابطال معنى الرهن فلم يكن معنى الرهن غير مقبوض فاما رهن المشاع فقد اختلف
فيه فذهب ابو حنيفة واصحابه الى انه لا يجوز وهو رواية الاحكام وهو الصحيح وذهب
الشافعي الى جوازه وهو رواية المنتخب وهو قول الناصر ووجه قولنا انه لا يجوز رهن
المشاع انا قد بينا انه لا بد من ان يكون مقبوضا فان القبض متى لم يكن زال الرهن لان
معناه الاحتباس للوثيقة ورهن المشاع يوجب استحقاق القبض بالمهاياة وهذا يمنع دوام
القبض **فان قيل** اليس السلعة تكون في يد البائع على سبيل الوثيقة
الى ان يستوفي الثمن ومع ذلك يصح في المشاع فما انكرتم مثله في الرهن **قيل**
له التوثقة في السلعة لا يمنع التسليم للمشتري وذلك مستدام والتوثقة في
الرهن والتوثقة في الرهن ان يقبضه فيجب ان يكون القبض مستداما فلا يمكن ان
يجعل هذا ابتداء دليل في المسألة **فان قيل** قد يصح عندكم بقاء الرهن
مع خروجه عن يد المرتهن وهو اذا استعاره الراهن فما انكرتم مثله في رهن المشاع
قيل له يد العارية غير مستحقة على المعير المرتهن فلم يشبه ذلك رهن المشاع
لان يد الشريك تستحقه فلم يسلم له القبض ومع الاعارة يكون القبض
تسليما اذا لم يكن ما يوجب زواله ولم ينطو العقد عليه كما انطوى عليه عقد رهن
المشاع **فان قيل** فقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع ما لم
يقبض ومع هذا يصح بيع المشاع فبان ان قبض المشاع ممكن **قيل له**

لسنا نمنع من تأتي القبض في المشاع وإنما نمنع استدامة القبض في المشاع
والنبي صلى الله عليه وآله نهى عن بيع ما لم يقبض اقتضى النهي عن بيع ما لم يحصل فيه
القبض فإذا حصل القبض خرج من عهدة الخبر لأنه صلى الله عليه وآله لم يجعل القبض
صفة للبيع وليس كذلك الرهن لأن الله تعالى جعل كونه مقبوضاً صفة له فمتى خرج
عن القبض خرج عن كونه رهناً ووجه ما ذكره في المنتخب هو ما أوردناه على سبيل
الأسئلة والصحيح ما تقدم **مسألة** قال وإذا أعار المرتهن الرهن الراهن
خرج عن ضمانه ولم ينفسخ الرهن أجمع ذلك قول أبي حنيفة وأصحابه خروج المرتهن
عن ضمانه فلأنه لا وجه لأن يضمن شيئاً هو في يد صاحبه ما لم ترجع يده عليه ألا ترى
أن الغصب إذا حصل في يد المغصوب منه وتلف لم يضمنه الغاصب ما لم يعد في يده
ثانياً وكذلك الرهن وأما بقاء الرهن على ما كان عليه فهو ظاهر على القول الذي قال
إنه يجوز رهن المشاع فوجهه أن يد الراهن غير مستحقة كما يكون في المشاع بل حكم
يد المستعير حكم يد المعير لأنه يمسكه بيده وفي يده رفع يده متى شاء **مسألة**
قال ولو أن رجلاً كان له على رجل دين فطالبه بالرهن فتبرع آخر ودفع الرهن إلى صاحب
الحق كان الرهن فاسداً وإن ضمن عنه المال ثم دفع إليه الرهن كان صحيحاً وذلك
أن التبرع بالرهن من غير أن يكون على الراهن حق يمنع صحة الرهن على ما بيناه
في صدر الكتاب فإن قال ارهنه عن فلان يعني عن المطالب بالدين فيجب أن يصح
لأنه إذ ذاك يكون بمنزلة من أعاره ليرهنه فأما إذا ضمن المال ثم دفع الرهن فهو
صحيح لا إشكال فيه لأن الحق قد وجب بالضمان والرهن بدله على حق لزمه قال
ولو تكفل بوجهه ثم أعطاه الرهن كان فاسداً وذلك أنه لا يلزمه للكفالة بالوجه مال فلا
يصح الرهن لأن الرهن يصح على المال لأن الله تعالى أمر بالرهن على الدين لأنه قال فرهان
مقبوضة عقيب إذا تداينتم بدين وأيضاً لو مات المكفول به لم يلزم الكفيل شيء فيخرج
الرهن عن أن يكون له معنى والذي يجيء على مذهبه ألا يصح الرهن في كل ما جرى مجراه من
الودائع ومال المضاربة والرقبة المستأجرة وما أشبه ذلك للوجه الذي قدمناه
وبه قال أبو حنيفة حكاه أبو بكر الكرخي وقد بيناه صدر هذا الكتاب معنى قولنا لا يصح
الرهن فلا وجه لإعادته **مسألة** قال ولو أن رجلاً قال لآخر إن لم يعطك فلان
حقك عند رأس الشهر فهو علي وأعطاه الرهن لم يصح الرهن إلا بعد رأس الشهر وحين

كذا



وجوب الحق والحق لم يثبت عليه، وهذا قد مضى وجهه، وهو أن الرهن يصح بعد وجوب
الحق والحق لم يثبت على الراهن إلا عند رأس الشهر فلا يكون الرهن صحيحاً ويصح بعد
رأس الشهر وإن كان الرهن متقدماً لأنه يستحق الرهن بحصول وجوب الحق على ما بيناه

مسألة قال والمرتهن لا يملك شيئاً من الرهن إلا لزومه بحقه وليس له أن
يبيعه ولا أن يرهنه ولا أن يعيره ولا أن يؤجره ولا أن يزرعه إن كان أرضاً ولا أن
يركبه إن كان مركوباً إلا بإذن صاحبه وهذا مما لا خلاف فيه لأن الرهن في يد المرتهن
للوثيقة فقط دون ما سواها فليس له أن يتصرف فيه غير الحفظ والاحتباس له قال
وإن كان الرهن حيواناً كان علفه وأجرة من يقوم عليه ويرعاه ويحلبه إن كان له لبن و
كل ذلك من مال الراهن وإن كان زرعاً أو ثمراً كانت أجرة من يحصده ويجده ويسقيه
من مال الراهن وكذلك إن كان مملوكاً كانت نفقته من مال الراهن وذلك لقوله صلى الله
عليه وآله لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه فاقتضى عموم قوله وعليه
غرمه أن تكون جميع هذه المؤن عليه لأنها الغرم كما أن جميع تلك الزيادات له لأنها الغنم وأيضاً
الرهن من مال الراهن فيجب أن تكون نفقته عليه وإن كان في يد المرتهن كالعبد المستأجر
والجمل المستأجر وهذا مما لا أعرف فيه خلافاً وليس يشبه هذا العبد المبيع يكون
في يد البائع لاستيفاء الثمن لأن ملك المشتري لم يتم بعد قال وإن كان الراهن غائباً أنفق
ذلك كله المرتهن ضمنه له الراهن وذلك أن للمرتهن على الراهن ولاية الحفظ والإصلاح
فأشبه ما ينفقه عليه نفقة الولي على من يلي عليه في أنه يرجع في ماله لأنه
أنفق بحق الولاية وكذلك المرتهن قال أبو حنيفة إن كان أنفق بإذن القاضي رجع على
الراهن وإلا لم يرجع **مسألة** قال وإن مات الراهن وعليه دين أو أفلس
كان المرتهن أولى بالرهن وإن كان فيه فضل رده إلى الغرماء وإن كان له فضل
على الرهن كان في الفضل أسوة الغرماء لأن حقه قد تعلق بالرهن فصار أولى كالمحتال
لما تعلق حقه بما على المحال عليه صار أولى به من سائر غرماء المحيل على أنه مما لا أحفظ
فيه خلافاً عن العلماء ولأن ذلك لو لم يكن كذلك لم يكن للرهن فائدة و
خرج من أن يكون وثيقة للمرتهن **مسألة** قال ولو أن مرتهناً ارتهن
نخلة أو شجرة من شجر الفواكه أو أمة مملوكة أو ناقة أو غيرها من حيوان فأغلت النخلة أو الشجرة
أو ولدت المملوكة أو نتجت الناقة كانت الغلة والولد واللبن رهناً مع الأصل ولم يجز للراهن

ان يأخذ شيئا منه حتى يؤدي جميع ما عليه قلنا ان حق المرتهن سرى الى الولد
والنماء لانه حق ثابت في الرقبة كالكتابة والتدبير والاستيلاد الا ترى ان جميع
ذلك لما كان حقا ثابتا في الرقبة سرى الى الاولاد وكذلك حق المرتهن وبيان
ان حق المرتهن وبيان ان حق المرتهن ثابت في الرقبة انه يستوفي حقه من قيمتها
ان تلفت او ثمنها ان بيعت ويكون احق بها من سائر الغرماء **مسئلة** **فان
قيل** يلزمكم ذلك في الجناية **قيل** لان حق الجناية ليس بثابت في
الرقبة فلذلك لم يسر في الولد كما وجب ان يسري حق الرهن الى الولد والنماء الحادث
وليس يلزم على ذلك ايضا حق الاجارة لانه غير مستقر في الرقبة وانما
هو مستقر في المنافع وكذلك الموصى بخدمته حقه ثابت في المنافع وايضا
لما كان الرهن محبوسا لاستيفاء الحق المتعلق به على وجه الوثيقة وجب ان يثبت حق
الحبس في الاولاد والنماء **فان قيل** السراية الى الاولاد تكون في العقود
التي تقتضي انتقال الملك كالهبة والرهن لا يوجب انتقال الملك **قيل** لان عقد
المضاربة لا يوجب انتقال الملك ومع هذا لو ربح مال المضاربة يكون من مال المضاربة
ويقاس على الزيادة المتصلة بعلة انها نماء حادث من الرهن **فان قيل**
الزيادة المتصلة لا يمكن ان ينالها فلذلك كانت رهنا **قيل** لو كان يجب
ان يكون الرهن بمنزلة المشاع وكان يجب ان تكون الزيادة في حكم ما ليس برهن
على اوضاعكم فلما لم يكن ذلك علم ان العلة ما ذكرنا **فان قيل** قد ثبت
في الاولاد والنماء حق الملك وحق الوثيقة فليس للآخر ان يجعله تابعا للوثيقة
الا وللآخر ان يجعله تابعا للملك بل جعله للملك اولى لان الملك اوكد من الوثيقة
قيل لان الملك والوثيقة لا يتنافيان وليس يمتنع اذا جعل تابعا لاحدهما ان
يجعل تابعا للآخر فالاولى ان يجعل تابعا لهما جميعا كما قلنا به الا ترى ان المدبرة
لما كانت ملكا ومدبرة صار الولد تابعا لها في الملك والتدبير جميعا فكذلك الرهن واذا
ثبت بما بينا ان هذه الحوادث رهن مع الاصول لم يجز للراهن اخذ شيء منها لا من
الاصول ولا من الفروع حتى يوفي جميع ما عليه مما تعلق بالرهن **قال** وان خشي
المرتهن فساد الثمر او اللبن وكان الراهن غائبا كان له ان يبيعه للراهن ووجه ما
قدمنا الامر ان للمرتهن عليها ضربا من الولاية في الحفظ والصلاح فجاز كما يجوز لوفقد

المثبت في الشرح

الميت في الثمن ان يبيعوا عليه ما يخشون فساده من مال الميت لما لهم من التعلق
والاختصاص في معنى الرفقة فصح ما ذكرناه او لان حال الراهن اوكد
من حال الرفقاء **مسئلة** قال ولو ان رجلا رهن رجلا جارية تساوي الفا
على خمسمائة ثم قال للمرتهن زدني مائة اخرى لتكون رهنا على ستمائة فاعطاه على
ذلك ورضي به كانت الامة رهنا على ستمائة ولو انه رهنه عبدا يساوي الفا على ستمائة
ثم اعطاه عبدا آخر يساوي الفا على ان يكون زيادة في الرهن فقبضه المرتهن على ذلك
كان العبد الثاني رهنا مع العبد الثاني رهنا مع العبد الاول على ستمائة وتجوز الزيادة
في الرهن عند الشافعي والزيادة في الدين على قوله وهي جائزة عند ابي حنيفة وابي
يوسف ومحمد ولا تجوز الزيادة في الدين في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
مثل قولنا ان الزيادة في الرهن والدين جميعا والوجه في زيادة الرهن ان الزيادة تلتحق
بالرهن العقد حتى تصير كانها كانت موجودة فيه ابتداء كمن اشترى شيئا بالف ثم زاده
البائع عبدا آخر دخل في العقد بحصته الالف من الثمن ولا يجوز اعتبار الزيادة على
حيالها كانها رهن مبتدأ كما لا يجوز ذلك في البيع لان عقد البيع لا يجوز
وما بيناه يبطل قول من قال ان   اذا ثبت في الرهن الاول
لم يجز ان يرتفع عنه ويتعلق بالرهن الثاني لانا قد بينا انه لا يعتبر حال الرهن الثاني
على حاله كانه ابتداء فاوضحناه بالبيع فاذا ثبت ذلك في زيادة الرهن ثبت ما ذهبنا
اليه في زيادة الدين لان الدين لغير الزائد منه لا يجب ان يعتبر حاله على حياله
وانما يلحق العقد الاول حتى يصير كانه كان فيه الا ترى ان الثمن تلحقه الزيادة
حتى تصير الزيادة كانها كانت في اصل العقد فكذلك زيادة الدين تلحق عقد الرهن
حتى تكون الزيادة كانها في اصل العقد **قال** فان كان المرتهن قبض العبد الثاني
لا على انه رهن كان الاول رهنا على ستمائة دون الثاني وذلك انه بنفس القبض
لا يصير رهنا وانما يصير رهنا بان يلحقاه بالعقد الاول اعني عقد الرهن ويتراضيا
بذلك فاما اذا لم يكن منهما الا مجرد القبض رهنا **مسئلة** قال ولو ان رجلا
استعار من رجل ثوبا ورهنه عليه خاتما كان الرهن صحيحا وكان اخذ المرتهن
للرهن تضمينا للعارية ولا فصل بين ان يكون الراهن تبرع بالرهن او طلبه
المرتهن والاصل في هذا انا نحمل عقود المسلمين على الصحة ما امكن

ونصرفها الى وجوه تصح معها كما يجوز بيع المخيض بزبد يعلم ان اكثر من الزبد
الذي فيه بان يجعل ما فيه يقابل من الزبد بذلك الزبد ويجعل الزائد ثمنا للبن وكذلك
جوزنا ان يبيع ثوبا بدينار الا مكوك طعام وحملنا على انه باع ثوبا
ومكوك طعام بدينار ليصح العقد فاذا ثبت ذلك وثبت عندنا ان العارية
تكون غير مضمونة اذا اطلقت ومضمونة اذا اشترط ضمانها وثبت ان الرهن
لا يصح الا بحق واجب وعقد الرهن بينهما فلم يكن تصحيحه الا بان تجعل العارية
مضمونة ويجعل تراضيهما للعارية بالرهن تضمينا **فان قيل** هب ان ما ذكرتم
قد صح لم صححتم الرهن على حق لم يجب لان العارية ما دامت قائمة بعينها فليس
على المستعير قيمتها **قيل** له قد حصل سبب الوجوب وهو العارية
المضمونة فجرى مجرى الوجوب **فان قيل** فهلا جوزتم اخذ الرهن على
ضمان الدرك **قيل** له لان ضمان الدرك امر لا يعرف له غاية لانه
لا يدرى هل يكون ام لا ومتى يكون فلو جوزنا اخذ الرهن على ذلك كنا
قد اتلفنا الرهن لان افتكاكه كان لا يصح ابدا وهذا خلاف قوله صلى الله عليه وآله
الرهن لا يغلق وليس كذلك في العارية لان المستعير متى اراد افتكاك رهنه
رد العارية فان تلفت العارية اعطى قيمتها وافتك رهنه فبان ان هذا خلاف
ضمان الدرك وقلنا لا فصل بين ان يتبرع بالرهن وبين ان يطلب المعير
لانهما اذا تراضيا به وتعاقدا عليه كان الامر واحدا وجواز اخذ الرهن على
الاعيان المضمونة بالقيمة نحو الغصب والرهن والمختلع عليه وبه قال ابو حنيفة
مسألة قال وان اذن المرتهن للراهن في بيع رهنه كان ذلك فسخا
للرهن فان تلف قبل البيع لم يضمنه المرتهن **واعلم** ان هذا الاذن يكون
على وجهين قد يكون له ان يبيعه ويتصرف في ثمنه كيف شاء وقد يأذن
له ان يبيعه ويجعل ثمنه رهنا بدلا من العين او يوفي حقه من ثمنه فان كان
على الوجه الاول فهو الذي اراد في المسألة فيجب ان يكون الرهن منفسخا
ويسقط ضمانه عن المرتهن وذلك انهما قد تراضيا بان لا يتعلق حق المرتهن بالرهن
وليس الفسخ له اكثر من ذلك وان كان على الوجه الثاني فهو رهن بحاله
الى ان يقع البيع **مسألة** قال وان رهن ارضا فيها زرع بينه وبين الزرع

فادخل الزرع في الرهن مع الأرض كان ذلك فاسدا وهذا على ابطال رهن المشاع لأن الرهن
فيه يكون مشاعا بين صاحب الارض والزراع وهو الصحيح الذي نقول به قال وان رهن
الأرض وحدها كان ما يحصد من الزرع رهنا مع الأصل وهذا يجب ان يكون المراد به اذا كان
الزرع كله لصاحب الأرض فرهن الأرض ولم يذكر الزرع فيدخل الزرع في الرهن كما يدخل
سائر الثمار على ما تقدم القول فيه **فان قيل** فاذا لم يدخل الزرع في البيع فكيف
يدخل في الرهن **قيل** له لأن بيع الأرض يصح دون الزرع ولا يصح رهنها دون الزرع
فحملنا عقد الرهن على الصحة وادخلنا الزرع فيه لأنا نحمل عقود المسلمين على الصحة كما بينا ه والاولى
ان يحمل هذا على انه رهن الأرض ولا زرع فيها ثم زرع **مسألة ١١** قال ولو انه رهن رجل
رجلا ارضا فغلب عليها الغرق واخرجوا اهل البلد من البلد فلم يقدر الراهن ولا المرتهن على
الأرض بطل الرهن ويكون حقه على الراهن لأن الأرض المرهونة لم تتلف ولم تستهلك
وانما حيل بينه وبينها مع انها قائمة بعينها فلا معنى لتضمينها المرتهن وهي قائمة بعينها
لم تستهلك ولم تتو واذا لم يضمنها المرتهن لم يسقط حقه الذي كان على الراهن ه قلنا انه قد
بطل الرهن لأن من شرائط الرهن ان يتم فيه القبض على ما تقدم القول فيه
ولهذا ابطلنا رهن المشاع فلما حيل بينه وبينها صارت خارجة عن قبضه ه
فخرجت عن ان تكون رهنا وقد نص في الفنون على ان الرهن لو كان مما ينقل فغلب
عليه العدو وان المرتهن يضمنه فدل ذلك من مذهبه على انه لا يوجب ضمان
الرهن بالمغصوب كما يذهب اليه ابو حنيفة **مسألة ١٢** ولو ان رجلا
رهن رجلا جارية فولدت واقر سيدها بالولد انفسخ الرهن فكلما لم يجز بيعه لم يجز
رهنه لا خلاف بين المسلمين ان ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه لأنه لا يجوز ان
تعلق الحق برقبته ومن حكم الرهن ان يتعلق الحق برقبته فاذا كان ذلك كذلك لم يصح
رهن ام الولد واذا اقر بعد دفعها اليه انها ام ولد صح اقراره لأنه اقر بها وهي في ملكه
فبطل الرهن لا على انه كان رهنا ثم انفسخ ولكن على معنى انه انكشف انه لم يكن
رهنا يوم عقد والذي يقتضيه مذهب يحيى ان الراهن ان كان موسرا كان عليه ان
يؤدي الى المرتهن او يجعل قيمته عنده رهنا بدلا منها فان كان معسرا سعت في قيمتها
للمرتهن ولم ترجع به على سيدها فان جعلت قيمتها رهنا بدلها سعى الولد ايضا بقيمته ورجع
بها على المقر به وان جعلت قيمتها قضاء للدين سعى الولد بالأقل من قيمته **مسألة ١٣**

قال ولو أن المرتهن اشترط على الراهن أنه لا يضمن الرهن إن تلف أو لا يضمن بعضه كان الشرط باطلاً وكذلك إن اشترط الراهن على المرتهن أنه لا يضمن للمرتهن ماله من الفضل عن الرهن إن تلف كان الشرط باطلاً **اعلم** أن عقد الرهن اقتضى الضمان على ما بيّنّاه بعد وإذا اشترط اسقاطهما وعقد الرهن قد اقتضاهما بطل الشرط كالمضارب لو اشترط الضمان بطل شرطه لأن عقد المضاربة اقتضى أن لا ضمان وكذلك المودع لو اشترط ضمان الوديعة بطل شرطه لأن عقد الإيداع اقتضى أن لا ضمان على أنه لا خلاف فيما ذكرنا عند من رأى تضمين الرهن ت والله أعلم والحكم بالصواب

باب القول في تلف الرهن وانتقاضه

القول في تلف الرهن وانتقاضه

وانتفاع المرتهن به كل رهن كان فاسداً في الأصل فتلف أو تلف بعضه كان ذلك من مال الراهن وكل رهن كان صحيحاً فتلف أو تلف بعضه ضمنه المرتهن والمرتهن والراهن يترادّان الفضل لا خلاف أن الرهن الفاسد لا يضمن لأن الحق لا يتعلق به فيكون بمنزلة الوديعة وأما الرهن الصحيح فقد اختلف فيه ومذهبنا ما ذكرناه وقال أبو حنيفة وأصحابه إن مقدار الدين منه مضمون فإن نقص عن الدين رجع المرتهن على الراهن بالنقص وإن زاد بطل وكان المرتهن فيه أميناً وقال الشافعي هو أمانة وبه قال الناصر وقد أجمع الصحابة على أن الرهن مضمون فروي عن علي عليه السلام أن الراهن والمرتهن يترادّان الفضل وروي عنه عليه السلام مثل قول أبي حنيفة وأصحابه وعن شريح الرهن بما فيه ولو خاتم من حديد فحصل منهم الإجماع على الضمان وإنما اختلفوا في كيفية الضمان والقول إنه غير مضمون خروج عن إجماعهم على أن قول علي عليه السلام عندنا حجة وقد ثبت عنه التضمين وإنما اختلفت الرواية في كيفية التضمين ويدل على ذلك قول الله تعالى فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤدّ الذي اؤتمن أمانته ففصل بين الرهن والأمانة فعلم أن الرهن ليس بأمانة وإذا لم يكن أمانة كان مضموناً وروي أن رجلاً رهن رجلاً فرساً على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فنفق عنده فأخبر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بذلك فقال للمرتهن ذهب حقك فدل على أن الرهن مضمون **فإن قيل** يحتمل أن يكون صلى الله عليه وآله وسلم أراد بقوله ذهب حقك من الرهن أو الوثيقة فلا يكون لك مطالبته برهن آخر **قيل** له هذا بعيد لأنه لم يكن له

مطالبته

مطالبته برهن آخر مع وجود الرهن فلو كان المراد ما قلت لقال لا يعود حقك ولم يقل ذهب حقك فان الحق الذي اشرت اليه كان ذاهبا مع وجود الرهن وكذلك ان قيل لعل الرجل كان معسرا لم يكن يملك شيئا غير الرهن فلما تلف قال ذهب حقك اي لا تصل اليه قيل له وهذا ايضا مجاز لان حقه ثابت عنده وانما منع الاعسار من الاستيفاء فلما كان الامر في هذين السؤالين على ما بيناه ثبت ان الصحيح ما ذهبنا اليه من ذهاب حقه من الدين اذ هو الحقيقة وخطابه صلى الله عليه وآله وسلم محمول على الحقيقة دون المجاز فصح ما ذهبنا اليه ويدل على ذلك ايضا قوله لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه والغلق الهلاك عند اهل اللغة قال كثير

غمر الرداء اذا تبسم ضاحكا ، غلقت لضحكته رقاب المال

اي هلكت فاخبر صلى الله عليه وآله انها لا تهلك ولا يخلو المراد من ان يكون لا تهلك عينا او حكما ومعلوم انه لم يرد به ان عينه لا تهلك فيجب ان يكون المراد به لا تهلك حكما ولا وجه لذلك غير ضمان قيمته **فان قيل** انه صلى الله عليه وآله اراد ابطال الحكم كان في الجاهلية وهو ان الراهن كان يقول ان لم اوفك حقك الى يوم كذا فالرهن لك **قيل** له وهذا التاويل تابع تاويلنا فنقول بهما جميعا **فان قيل** فقد قال صلى الله عليه وآله له غنمه وعليه غرمه **قيل** له كذلك نقول ان النماء والفوائد تكون له ملكا وان كان رهنا وما يغرم عليه من المؤن يكون من مال الراهن ونقول ايضا انه ان نقص الرهن عن الدين كان غرمه على الراهن اي عليه ان يجبر النقصان عن الدين بالايفاء فان كان زائدا على الدين رجع به على المرتهن فيكون غنمه له وغرمه عليه وهذا احد ما يستدل به على انهما يترادان الفضل ونقول ان الغنم للراهن

فان قيل روي انه قال الرهن من المرتهن والراهن ولا يجوز ان يكون المراد به انه ملك له لانه مستفاد بالاجماع فيجب ان يكون المراد تلفه من الراهن اي من غنمه **قيل** له ما يستفاد بالاجماع يجوز ان يكون مستفادا من الخبر فيكون الاجماع صادرا عن الخبر فبطل تعلقهم به ويدل على ذلك ان المبيع لما كان محتبسا بالدين والعلة ان كل واحد منهما محتبس بالحابس متعلق برقبته ولا يلزم المستاجر عليه لانه ليس

بمحتبس بمالٍ **فان قيل** المبيع مضمون بالثمن والرهن عندكم مضمون بالقيمة فلا يصح القياس **قيل** له نحن انما عللنا للضمان فقط فاما كيفية الضمان فهو كلام آخر وايضاً احتباس الرهن لما لم يصح الا بمضمون كالدين ونحوه وجب ان يكون مضموناً كالمبيع لما لم يصح احتباسه الا بمال وكذلك اذا اتلف الرهن تلف الحق بمال ولا يلزم عليه تلف الضامن لانه ليس بمال ويجوز ان يكون عبد مالٍ **فان قيل** لو تعلق الرهن بالحق لكان في براءة المرتهن من الرهن ابطال الحق ان اسلمها كان براءة المجني عليه من العبد ابطال للعقد **قيل له** لا يمتنع ان يكون التعلق على وجوه الا ترى ان الحق يتعلق بالضامن وابراؤه لا يسقط الحق ويتعلق بالمحال عليه وابراؤه يسقط الحق فبان ان التعلق يختلف ونحن جعلنا للتعلق **فان قيل** لو كان صحيح الرهن مضموناً لوجب ان يكون فاسده مضموناً كالودائع والمغصوب ومال المضاربة لان الصحيح كالفاسد في باب الضمان **قيل** له هذا غلط فاحش وذلك ان الاعتبار في جميع ذلك بالمعنى الموجب للضمان او المسقط فان جميع المعنى بين الصحيح والفاسد اجتمعا في الضمان او السقوط وان افترق افترقا الا ترى ان صحيح المضاربة لا يقتضي الضمان وفاسده يقتضي الضمان عندنا وعند ابي يوسف ومحمد لانه يصير في حكم الاجير المشترك وعندنا وعندهما انه ضامن واذا افسدت الوديعة ضمنت لانها تكون في حكم الغصب فلم يمتنع ان يكون فاسد الرهن يخالف صحيحه لانه بالفساد يخرج عن كونه رهناً كما خرجت الوديعة عن كونها وديعة وكذلك العارية الفاسدة عندهم لا تضمن كعارية الحد **فان قيل** اعتللتم بانه محبوس بالدين يوجب ان تكون فوائد الرهن مضمونة كالولد والثمر لانها عندكم محبوسة كالاصل **قيل** له كذلك نقول فلا سؤال علينا فيه وهكذا ان سالوا عن زيادة الرهن على الدين لانها عندنا مضمونة لانا توجب ان يتراد الفضل وايضاً لم يصح الرهن الا بما يكون مضموناً من الدين ونحوه ولم يصح بالاعيان كالوديعة ونحوها اذ بهلاكها لا تهلك الاعيان علم ان بهلاك الرهن يهلك الدين اذ لو لم يهلك به لم يصح كما لا يصح في الاعيان وايضاً الرهن بدل من الدين والدين مضمون كالثمن لما كان عوضاً للمبيع والمبيع مضمون وجب ان يكون الثمن مضموناً ولا يصح قول من يقول ان الرهن بدل من الكتابة والشهود لانها قد تجتمع

في ابتضا الرهن

وايضا الرهن مقبوض للاستيفاء فاذا هلك وجب ان يحصل الاستيفاء لان كل مقبوض على وجه اذا تلف حصل ذلك الوجه الا ترى ان المقبوض من البيع والغصب لما كان مقبوضا على وجه الضمان كان تلفهما موجبا للضمان **فان قيل** فالمستاجر مقبوض لاستيفاء المنافع وان تلف لا يوجب استيفاؤها **قيل له** هو مقبوض لاستيفاء المنافع مع بقائه ان يستحيل ذلك مع تلفه فلا يلزم ما ذكرت الا ترى انه لو تلف على الوجه الذي قلت كانت المنافع في حكم المستوفاة مدة بقائه وان لم تكن مستوفاة اذا تلف على الوجه الذي قلت الا ترى ان من استاجر عبدا للخدمة فتسلمه ولم يستخدمه تكون الخدمة في حكم الحاصل مدة بقائه **فان قيل** فيما قلناه من حبس المبيع بالثمن ان العلة في سقوط الثمن بتلفه ان الثمن مقابل للمبيع فيما لم يحصل المبيع للمشتري لم يحصل الثمن للبائع **قيل له** ليس الامر كما ذكرتم قلتم وكذلك المبيع قد حصل للمشتري بالشراء واستحق البائع عليه الثمن ولكنه لما كان محبوسا للاستيفاء وتلف تلف ما تعلق به الا ترى انه لو سلمه البائع ولم يحتسبه لم يتلف الثمن بتلفه على انا لو لم نضمن المرتهن كنا قد الزمنا الراهن غرمين غرما للدين وغرما للرهن ولا يلزم غرمان لحق واحد ووجه ما قلناه من انهما يترادان الفضل قوله لصاحبه غنمه وعليه غرمه فدل ذلك على انه يغرم النقصان ويغنم الزيادة ويحصل عليها وايضا اذا ثبت بالادلة التي قدمناها ان الرهن مضمون وجب ان يكون جميعه مضمونا كالغصب والقرض والمبيع والثمن يوضح ذلك ان ما لم يضمن بعضه كالوديعة ومال المضاربة لم يضمن باقيه وما ضمن بعضه مما ذكرنا ضمن باقيه ولم نجد في الاصول مضمونا يضمن بعضه ولا يضمن باقيه واذا ثبت ذلك وثبت ان الرهن يضمن بعضه ثبت ان جميعه مضمون وايضا لا خلاف بيننا وبين ابي حنيفة واصحابه ان الرهن اذا كان مثل الدين او دونه يكون جميعا مضمونا فكذلك اذا زاد على الدين والعلة انه رهن صحيح فوجب ان يكون جميعه مضمونا او عين حصل فيه الضمان فوجب ان يكون جميعه مضمونا **فان قيل** اذا كان مقبوضا للاستيفاء وجب ان يكون امينا في الفضل لانه لا يجوز ان يستوفي من جميعه بل من مقدار الدين **قيل له** الجميع مقبوض للاستيفاء ومحبوس به الا ترى انه لا يفك منه شيء الا بالايفاء

للدين فوجب ان يكون الجميع مضمونا لانه ايضا محبوس للاستيفاء ومقبوض
لذلك فكذلك الزائد على مقدار الدين يجب ان يكون مضمونا لانه ايضا محبوس
للاستيفاء ومقبوض لذلك فاما ما حكي عن شريح من قوله الرهن بما فيه فهو قول
قد اجمع بعده على خلافه فوجب سقوطه فلا وجه للاشتغال به وحكى الكرخي هذا
القول عن ابرهيم النخعي وحكى رجوعه الى ابي حنيفة ويؤكد ما قلنا انهما يراداني الفضل ان
الراهن لو افلس او مات مفلسا كان الحكم في الرهن ما ذهبنا اليه من غير خلاف
فيه وكذلك لو تلف بتعديه لانه كان مضمونا فلا يتغير حكمه بان يتلف بتعدي
الضامن او بغير تعديه في ان الضمان يتعلق بجميعه وكذلك الرهن **مسئلة**
قال والقول في الفوائد التي هي كالولد والثمر الذي يصير رهنا مع الاصل اذا تلف
كالقول في الاصل قال ابو حنيفة واصحابه اذا تلفت الفوائد تلفت بغير ضمان
والدليل على صحة ما ذهبنا اليه انه لا خلاف بيننا وبينه انها رهن مع الاصل
محتبسة باحتباسه لا ينفك منها شيء الا بايفاء جميع الدين فاذا ثبت ذلك كان
جميع ما قدمنا يتضمن الرهن من دلالة الكتاب والسنة على وجوب ضمان الفوائد
فان قيل انه انما دخل في الرهن على سبيل التبع فلا يجب ان تكون مضمونة
كولد المبيعة **قيل** له ليس الاعتبار بكونه تبعا بل الاعتبار في ان يشارك
الاصل فيما اوجب الضمان وقد علمنا ان ولد المبيعة وان شارك الام فيما اوجب
ضمانها لان ضمانها بالثمن انما كان لان الثمن عوض لها والولد لم يشاركها في ذلك لان الثمن
ليس بثمن له وفوائد الرهن قد شاركت الرهن في سبب الضمان فوجب ان تكون
مضمونة لان سبب الضمان هو الاحتباس بالدين الا ترى ان ولد المغصوبة
اذا لم يشارك الام في الغصب لم يكن مضمونا فان شاركها بان منع من صاحبه او تصرف
فيه الغاصب صار مضمونا كالام ومما يوضح الفرق بين ولد المرهونة وولد المبيعة
ان ولد المبيعة لا يصير مبيعا فلا يجب ان تصيبه احكامه احكام الام من كل وجه
وولد المرهونة يصير مرهونا فيجب ان تصيبه احكام احكام امه على انا قد علمنا ان
للمبيعة والمرهونة حكمين احدهما الاحتباس بحق يتعلق بها وهو الحكم الذي اختص
بها ووجب سرايته الى ولدها لما بيناه من المعنى والثاني الضمان وهو امر
منفصل عنهما فيجب ان ينظر في سرايته فالولد الذي شارك الام فيما اوجب الضمان

يجب ان يكون مضموناً وضمان المبيعة يتعلق ثمنها بها والولد لم يشاركها في هذا الحكم لانه لا يكون مبيعاً ولا يكون الثمن ثمنه فلم يجب ان يكون مضموناً وولد المرهونة مرهون فقد شارك الأم فيما اوجب الضمان فيجب ان يكون مضموناً

مسئلة قال وليس للراهن ان يزرع الأرض المرهونة بغير اذن المرتهن وان زرعها كان الزرع رهناً مع الأصل فان تلف لم يضمنه المرتهن ليس للراهن ذلك لانه اخراج للرهن من يد المرتهن ولا يجوز ذلك فان فعل الراهن بغير علمه وانزرع واحتمل وجب ان يكون الزرع رهناً مع الأرض ولا يضمنه المرتهن ان تلف في يد الراهن لانه لا وجه لان يضمن الشيء وهو في يد مالكه على ما بيناه في اعارة المرتهن الراهن رهنه فان زرعها المرتهن باذن الراهن كان الزرع رهناً مع الأصل ويضمنه المرتهن ان تلف وهذا معناه ان يزرع للراهن باذنه فيكون الزرع للراهن فيصير رهناً مع الأصل ويضمنه لانه في يد المرتهن قال فان زرعها المرتهن بغير اذن الراهن كان للمرتهن ما للزارع وما فضل من الزرع عنه كان للراهن فلا يكون رهناً وهذا معناه ان الزرع يكون للزارع والمراد بقوله ما فضل هو ما لزم الزارع المرتهن من كراء المثل قال ولا يكون رهناً لانه في ذمة المرتهن ولم يتحصل عينه

مسئلة قال وان رهن رجل رجلاً على دين مؤجل فتلف الرهن قبل حلوله وكانت قيمة الرهن دون الدين لم يكن للمرتهن ان يطالب الراهن بالفضل الذي له قبل حلول الأجل وذلك ان الدين لم يجب توفيره قبل حلول الأجل وكذلك الباقي حكمه في ذلك حكم سائره

مسئلة قال ولو ان رجلاً رهن رجلاً اكليلاً من ذهب فانشدخ الاكليل بغير جناية لاحد نحو ان يسقط عليه جدار او ما اشبهه ولم يكن نقص من وزن الذهب شيء ولا كان فيه جوهر فانكسر لم يكن المرتهن ضامناً لانكساره فان كان نقص من وزنه شيء او كان فيه جوهر فانكسر ضمن المرتهن ما نقص من وزنه وما انكسر من جوهره

اعلم ان هذا اذا كان اكليل من ذهب مرهوناً على الدنانير او اكليلاً من فضة مرهوناً على الدراهم فالأصل فيه ان الفضة اذا لاقت جنسها من الفضة او الذهب اذا لاقى جنسه من الذهب لم يكن للصنعة والجودة فيه قيمة يدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن والفضة

والفضة بالفضة مثلاً بمثل وزناً بوزن الا ترى ان عشرة دنانير مضروبة لا يجوز ان يشترى بها
احد عشر دينارا تبرا غير مضروب وان كانت قيمة عشرة دنانير لصنعتها وسكتها وجودتها
بل لا يجوز الدينار بالتبر الا وزناً بوزن ولا الدرهم بالنقرة الا وزناً بوزن لما قلنا لان
كل واحد منهما اذا لاقى جنسه لم يكن للصنعة والجودة قيمة فاذا ثبت ذلك فلو ضمن
المرتهن ما نقص من الاكليل المنشدخ من قيمته كان انما يضمن بلا قاه من الدين دون
ما سواه الا ترى انه لو كان عنده وديعة لم يضمنه لانه لم يلاق الدين فاذا كان
ذلك كذلك لم يجب أن يضمن قيمة الانشداخ اذا سلم الوزن وقيل للراهن اد الدين
وخذ الاكليل المنشدخ وبه قال ابو حنيفة ورواه ابو الحسن الكرخي عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة وروى محمد انه قياس [قول ابي] ابو حنيفة وقياس قول زفر ووجهه ما بيناه
فاما اذا انتقص شيء من الوزن او كان فيه جوهر فانكسر فانه يضمنه المرتهن لان
نقصان الوزن مضمون على كل حال ولان الجوهر كسائر العروض ليس هو من
جنس الذهب والفضة فيجب ان يكون مضموناً قال وان كان انشداخه من المرتهن
بجناية منه ضمن المرتهن ما نقصه الهشم من قيمته وانما كان ذلك كذلك لان
هذا الضمان هو ضمان الجناية وليس بملاقاة الرهن الدين الا ترى انه لو كان عنده
على سبيل الوديعة لضمنه فاذا لم يكن الضمان لملاقاة جنسه وجب ان تكون قيمة
ما نقصه الهشم مضمونة فان كان من الذهب قيمته من الفضة وان كان من الفضة
فقيمته من الذهب لان الذهب يقوم بالفضة والفضة تقوم بالذهب ولا يقوم واحد منهما
بجنسه قال وان كان بجناية من غيره ضمن الغير ما نقصه هشمه كما بينا ان المرتهن يضمنه
وان كان ذلك بجناية منه لانه ضمان الجناية ولم يلاق الشيء جنسه قال ويكون الراهن
مطالبا للمرتهن والمرتهن مطالبا للجاني لان الشيء في ضمان المرتهن فالخصومة فيه بين
الراهن والمرتهن ثم بين المرتهن والجاني قال وللراهن الخيار بين اخذ الرهن وقيمة ما
نقصه الهشم من غير جنسه وبين ان يتركه ويأخذ قيمته صحيحا وذلك لانه
ضمان الجناية وسبيله سبيل الغاصب وعند ابي حنيفة ليس له الا اخذه مهشوما
او قيمته من غير جنسه مصنوعا واما اذا كان الاكليل من ذهب مرهونا بالدراهم والاكليل من
فضة مرهونا بالدنانير فيجب ان يضمن المرتهن قيمته مهشوما ما سوى كان بجنايته او بغير
جناية لان ما ذكرنا من ملاقاة الشيء جنسه قد زال **مسألة** قال ولو ان حلي

ارتهن ثوبا فقرضه الفار او لحقته آفة نقصته ضمن ارش النقصان ان كان له بعد النقصان قيمة وان كان لا قيمة له بعد ذلك ضمن قيمة الثوب كله وهو صحيح لان ذلك ضرب من ضمان التلف فيضمنه المرتهن **قال** وكذلك ان ارتهن دارا فتهدم بعضها او سرق بابها او انهدم كلها ضمنه المرتهن وهذا ايضا كما مضى يضمنه المرتهن لانه تلف **قال** فان سكن الدار المرتهن سقط عن الراهن مقدار اجرة سكناها وان استغرق الاجرة الدين سلمت الدار الى الراهن فهذا على قوله ان الغاصب يضمن كرى المثل اذا انتفع بالمغصوب على ما نبينه في كتاب الغصوب وهذه الدار وان كانت رهنا فليس للمرتهن الا احتباسها عنه وهو في باب السكنى كالامساك

فان تصرف فيه كان بمنزلة الغاصب فاذا سكنها يلزمه من الكرى ما يلزم الغاصب من ذلك فيسقط عن الراهن من الدين بمقداره لانهما يتقاصان ذلك واذا بلغ ما يلزمه من كرى المثل مقدار الدين كله سقط جميعه لان المرتهن يكون قد استوفاه وخرجت الدار عن الرهن لانها لا تكون رهنا ولا حق للمرتهن على الراهن

كما فعلناها محبوسة بلا شيء وهذا فاسد بالاجماع **قال** وكذا القول ان اكرى الدار فاستغلها المرتهن واستهلك غلتها فان لم تستهلك غلتها كانت الغلة رهنا مع الاصل على ما بينا من كون الفوائد رهنا كالاصل فان تلفت ضمنها المرتهن على ما بينا من القول بان الفوائد مضمونة كالاصل على ما تقدم القول فيه **قال** وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن نحو ان يركبه ان كان مركوبا او يلبسه ان كان ملبوسا او يسكنه ان كان له سكنى او غير ذلك فان فعل شيئا من ذلك سقط مقدار ذلك من الدين وكل هذا قد تقدم بيانه وجملة القول ان الرهن في يد المرتهن كالوديعة الا في امرين احدهما الضمان والثاني ان للمرتهن منع الراهن من اخذه حتى يستوفي دينه والا ففي باقي الاحكام هو بمنزلة الوديعة **قال** ولا فصل في ضمان المرتهن بين ان يهلك الرهن او يستهلكه المرتهن ولا بين الرهن وفوائده في ذلك كله وهذا كله قد بيناه الا في رهن الذهب بالذهب والفضة بالفضة فقد بينا الفصل فيهما بين ضمان التلف وبين ضمان الاستهلاك والا فالامر في غير هذه المسئلة سوى **مسئلة** قال ولو ان مرتهنا سخر عبدا ارتهنه موضعه ضمن ه

نصف عشر قيمته العبد وهذا ضمان الجناية لأنه لو لم يكن رهنا وكان وديعة ضمنه المودع وقال انه يضمن نصف عشر القيمة لأن المراد الشج موضحة وجب نصف عشر الدية والقيمة في العبد كالدية في الحر وهذا مما نستقصيه ونوضح الكلام فيه في باب الديات **مسئلة** ولو انه رهنه عبدا يساوي الفا على الف ثم جاء الراهن بجارية تساوي الفا وقال خذ هذه بالعبد فرضي المرتهن فماتت قبل رد العبد سلم العبد الى الراهن وكانت قيمتها تسقط الدين **تحصيل** المسئلة ان الرهن هو الثانية فان العبد قد خرج عن كونه رهنا قال ابو حنيفة الرهن هو الأول والثانية امانة حتى يقبض الأول والاصل في هذا ان الرهن لا يكون رهنا الا بحصول ثلاثة اشياء عقد الرهن على التراضي ووجوب الحق وحصول القبض ويخرج الرهن عن كونه رهنا بزوال كل واحدة من الثلاث اما سقوط الدين بالابراء والاستيفا فلا خلاف ان الرهن خارج عن كونه رهنا وكذلك اذا زال القبض خرج عن كونه رهنا كما نص محمد عليه السلام في الأرض المرهونة اذا غلب عليها العدو انها تخرج عن كونها رهنا ويدل على صحة هذا انه لا خلاف بيننا في القول الصحيح وبين ابي حنيفة ان رهن المشاع لا يصح والعلة ان القبض لا يدوم بل ينزول فلولا ان زوال القبض يخرج الرهن عن كونه رهنا لم تصح العلة وصح رهن المشاع فاذا ثبت ذلك وجب ان يكون رفع العقد والرضى بالتفاسخ مخرجا له من كونه رهنا لأنه احد ما لا يكون الرهن رهنا الا به فاذا صح ما ذكرناه فالرهن الأول قد خرج عن كونه رهنا بحصول رضاهما بالتفاسخ ورفع العقد وصار الثاني رهنا بحصول العقد والقبض مع وجوب الحق فصح ما ذهبنا اليه من ان الثاني هو الرهن دون الأول **مسئلة** قال ولو ان رجلا غصب عبدا فرهنه رجلا وجاء صاحب العبد قضى له بعبده وطالب المرتهن الراهن بحقه فان جاء صاحب العبد وقد تلف العبد في يد المرتهن وهو لا يعلم انه غصب قضى لصاحب العبد على الغاصب بقيمة عبده وقضى للمرتهن بدينه على الراهن الغاصب لا خلاف انه يقضى لصاحب العبد بعبده لأنه غصب عليه وللمرتهن ان يطالب الراهن بحقه لأن الرهن لم يكن رهنا وقد خرج بحق واجب فان تلف العبد في يد المرتهن وهو لا يعلم انه غصب قضى لصاحب العبد على الغاصب بقيمة عبده لا خلاف فيه كما يقضى عليه

بثياب المغصوب التالف ولصاحب العبد إن شاء أن يطالب المرتهن الذي تلف العبد
في يده ويرجع هو بقيمته على الراهن لأنه مغرور وكونه مغرورا مما يجب أن ينظر فيه
فصل نظر ولم يذكر محمد عليه السلام إذا كانت القيمة تلزم الغاصب على الأحوال
كلها ويقضي للمرتهن بدينه على الغاصب لأن التالف لم يكن رهنا صحيحا فلم يجب أن
يضمنه المرتهن قال ولو كانت المسألة بحالها وكان قد علم المرتهن أن الرهن غصب كان
المستحق بالخيار إن شاء طالب بقيمة العبد الغاصب الراهن وإن شاء طالب بها المرتهن
فإن طالب الراهن والمرتهن رجع المرتهن بدينه على الغاصب الراهن تخريجا ووجهه أن الراهن
والمرتهن غاصبان جميعا فلصاحب العبد مطالبة من شاء منهما وأيهما طالب كان حق المرتهن
من الدين ثابتا على الراهن لفساد الرهن ولأن تلف الرهن الفاسد لا يوجب الضمان

مسألة قال ولو أن رجلا ارتهن ثوبا من رجل على عشرة دراهم ثم باعه المرتهن
بخمسة عشر درهما بغير إذن الراهن فمات المرتهن قضي بالثوب للراهن وقضي للمشتري
عليه بعشرة دراهم وقضي بالفضل على من باعه يقضى للراهن بالثوب لأنه ملكه
وحكم الرهن قد انفسخ عنه بما كان من المرتهن من إخراجه عن قبضه على وجه أوجبه
القبض لغيره فلا وجه لحبسه عن الراهن ويقضي الحاكم على المرتهن بما أخذه على المشتري
وإن كان غائبا لأن القضاء على الغائب جائز ويأخذ من الراهن ما عليه وهو عشرة دراهم
ويسلمه إلى المشتري فإن وجد الحاكم للمرتهن الغائب مالا وفاه منه ما بقي للمشتري وهو
خمسة دراهم وإن لم يجد قضى عليه بذلك وترك إلى حين الإمكان قال وكذا القول لو كان المرتهن
رهنه على خمسة عشر الحكم في هذا كالحكم في الأول لاستواء الأحوال

مسألة قال ولو أن رجلا استعار من رجل ثوبا يساوي خمسين درهما على أن يرهنه بعشرين درهما
فرهنه على ذلك فأتلف عند المرتهن قضي للراهن بثلاثين درهما على المرتهن وللمعير على
الراهن بقيمة الثوب وهو خمسون درهما وذلك أنه يحصل للراهن عوضا من الثوب
خمسون درهما ثلاثون درهما ما أخذه من المرتهن وعشرون درهما ما سقط من ذمته فوجب
أن يرده على المعير لأنه بمنزلة رجل أذن لآخر في أن يقضي دينه وينتفع بوديعة
له على وجه القرض فما حصل له من عوض الوديعة يلزمه رده على المودع وكذلك
إن تصرف فيها ثم باعه فكذلك العارية وكذلك لو أن رجلا أتلف عارية عند رجل
فأخذ من قيمتها لزمه ردها على المعير **قال** فإن كان المستعير لما استعاره ليرهنه

نقص من قيمته عشرة دراهم ثم رهنه على عشرين درهما فتلف قضى للراهن على المرتهن بعشرين درهما وللمعير على المستعير بخمسين درهما وذلك ان المستعير تعدى ولبس الثوب فلزمه ارش نقصانه وذلك عشرة ثم يلزمه للمعير خمسون فيقضى له على المرتهن بعشرين درهما لانه القدر الذي ابك على دينه

قال ولو انه لما استعاره استاذنه في اللبس مرة قبل ان يرهنه فاذن له فيه فلبس لبسا نقص بعشرة دراهم ثم رهنه على عشرين ثم تلف قضى للراهن على المرتهن بعشرين درهما وللمعير على المستعير الراهن باربعين درهما وذلك ان العشرة دراهم التي نقصت من الثوب لا ضمان على المستعير فيها لانه لبسه باذن المعير ولم يكن اشترط الضمان وباقي المسئلة الكلام فيها كالكلام الاول

قال وكذلك ان استعار منه شيئا ولم يستاذنه في رهنه فرهنه فتلف او نقص قضى للمعير على المستعير بقيمة ما نقص او تلف وكذا القول ان استعاره ثم باعه فتلف عند المشتري الوجه في هذا كله انه قد تعدى فيه فهو بمنزلة الغاصب يلزمه ما يلزم الغاصب وهو الذي ذكرناه وبينه

مسئلة

قال ولو ان رجلا دفع الى رجل ثوبا فقال ارهنه عند فلان على عشرة دراهم واخذه منه لتعطى الي على طريق الرسالة فاخذ منه الدين ورهن عنده الثوب على ذلك فتلف عنده الثوب او لم يتلف كانت المعاملة بين المرتهن وصاحب الثوب المرسل دون الرسول اذا اقر صاحب الثوب بذلك فان كان الرسول اخذ منه العشرة ورهن عنده الثوب لا على طريق الرسالة كانت المعاملة بين المرتهن والرسول ويطالب صاحب الثوب الرسول بما يجب عليه في ذلك والاصل في هذا ان الوكيل في الهبة والاستيهاب والقرض والاستقراض والايداع والرهن والارتهان وما اشبهه مما لا بدل له كالرسل الى البيع والشراء والاجارة وما اشبهه تنقطع وكالته بعد ما يفرغ من ذلك فلا يتعلق عليه شيء من حقوقه والوكيل في الاستيهاب والاستقراض والاعارة والارتهان والرهن يجب ان يضيف ذلك الى موكله فيقول اقرض فلانا او هب لفلان او اعر فلانا وما جرى مجراه وان لم يفعل ذلك كان ذلك كله له كما نقول زوج فلانا او طلقتك عن فلان وما اشبهه قال ابو حنيفة واصحابه والفصل بين هذه الاشياء وبين الشراء والبيع انه في الشراء لا يحتاج الى

بقبض

يضيف الشراء الى من هو مشترٍ له ولا البيع ولا بد ان يضيف سائر ما ذكرنا الا
الى الموكل واذا ثبت ذلك فالرسول الذي هو الوكيل بان يرهن ويستقرض وعليه اذا
اضافه الى الموكل لم يلزمه شيء من حقوق ما فعل وكانت المعاملة كما ذكرنا بين
الموكل والمرتهن واذا لم يضف ذلك الى الموكل وقع ذلك فيكون هو الخصم ويكون
القرض له ان شاء ان يقرض الموكل فعل وان شاء لم يفعل ولرب المال ان يطالبه بما
اعطاه والمعاملة بين الوكيل والمرتهن فيما بينهما وبين الموكل والوكيل فيما بينهما

مسئلة قال ولو ان رجلا رهن رجلا جارية فتلفت عنده قومت على المرتهن
يوم ماتت زادت قيمتها او نقصت لمرض او نحوه وتكون القيمة وسط القيم **اعلم**
انه ليس المراد بهذا انها تقوم يوم التلف زائدة كانت او ناقصة فيقتصر على
قيمتها ولكن المراد ان وقت التقويم وقت التلف وان كانت زائدة قومت زائدة لان
زيادة الرهن عنده مضمونة كما مضى في فوق ايد الرهن وان كانت ناقصة قومت وقوم
ارش النقصان وقد نص يحيى عليه السلام على ان المرتهن ضامن لما تلف من
الرهن او نقص وانما قال ان التقويم في جميع تلك الوجوه يعتبر في حال التلف لانه
حال الضمان لان الضمان يكون على وجهين ضمان التعدي وضمان التلف فكما ان ضمان
التعدي يجب ان يكون وقت التعدي كذلك يجب ان يكون ضمان التلف في وقت التلف
ووجوب التقويم ابدا تابع لوجوب الضمان وهذا كما قال ابو حنيفة ومحمد فيمن استهلك
ما لا مثل له ثم انقطع من ايدي الناس ان قيمته يوم وجوب القيمة وان اختلفا في وقت
وجوب القيمة فقال ابو حنيفة هو وقت الخصومة وقال محمد هو وقت انقطاعه
من ايدي الناس فاجمعا ان القيمة قيمته يوم وجوب القيمة لوجوب الضمان لانه
لا وجه لاعتبار قيمته والضمان لم يحصل وانما حصل سبب الضمان والقيمة تابعة
للضمان

باب القول في اختلاف الراهن والمرتهن

قال واذا تلف الرهن عند المرتهن فادعى ان قيمته كانت الفا وادعى الراهن انها
كانت الفين كانت البينة على الراهن واليمين على المرتهن ووجهه انهما اتفقا في
الف فاستقر ذلك وصار الراهن يدعي الفا آخر والمرتهن ينكره فالبينة على المدعي
واليمين على المنكر على انه مما لا خلاف فيه ولا يجوز ان يكون المرتهن اسوة

كالأمين الغاصب ولو كان بدل الرهن غصبا لكان الحكم ما ذكرنا **قال**
فإن قال المرتهن ارتهنته على ألف وقال الراهن ارتهنته على خمسمائة كانت البينة
على المرتهن واليمين على الراهن لأنهما قد اتفقا على خمسمائة وادعى المرتهن خمسمائة أخرى
وأنكرها الراهن فالبينة على مدعي الفضل على ما تقدم بيانه في المسألة الأولى بتسع
مسألة قال وإذا ارهن رجل رجلا شيئا فظهر به عيب فادعى كل واحد منهما
أن العيب حدث عند صاحبه فإن كان الرهن قائما بعينه كانت البينة على الراهن
واليمين على المرتهن وإن كان الرهن قد تلف كانت البينة على المرتهن واليمين على الراهن
أما وجه المسألة الأولى فظاهر وذلك أن الراهن يريد أن يلزم المرتهن ضمانا هو منكر
له فوجب أن تكون البينة على الراهن إذ هو المدعي ألا ترى أنه لو ادعى عليه غصبا أو خيانة
في الغصب مع قيام عينه أو خيانة في الوديعة كانت البينة على مدعي الضمان واليمين
على المنكر له وأما المسألة الثانية فوجهها أن يقع التجاحد بينهما في الدين أو الرهن
و بقية الدين وهو أن يقول المرتهن كان ديني ألفا ورهنك لو كان صحيحا يساوي
تسعمائة وإذا كان فيه عيب كذا فهو يساوي ثمانمائة فلي عليك مائتا درهم فلا
يقر له الراهن بشيء من ذلك بل يقول قد كان لك دين ولي رهن وليس لك
علي اليوم إلا مائة درهم فإن أتى المرتهن بالبينة على ما قال ثبت ما ادعاه وإلا
كان القول قول الراهن مع يمينه فأما إن تصادقا في الدين وقيمة الرهن صحيحا
ومع العيب واختلفا في العيب أنه كان حادثا عند الراهن أو المرتهن فيجب أن يكون
القول قول المرتهن مع يمينه وأن تكون البينة على الراهن سوى كان الرهن باقيا
أو تالفا كما بيناه في المسألة الأولى **مسألة** قال ولو أن مرتهنا قال رددت
الرهن على الراهن وأنكره الراهن كانت البينة على المرتهن واليمين على الراهن وذلك
أنه قد ثبت بما تقدم أن الرهن مضمون على المرتهن وكل من كان الشيء في يده على
سبيل الضمان فعليه البينة إذا ادعى رده على صاحبه كالمستقرض والغاصب
لأنه يدعي سقوط ضمان ثابت عليه وعلى الراهن اليمين لأنه منكر **مسألة**
قال وإذا أخرج المرتهن إلى الراهن ثوبا فقال هذا رهنك فأنكره الراهن كانت البينة
على المرتهن واليمين على الراهن فإن ادعى الراهن عنده ثوبا آخر كانت البينة
على الراهن واليمين على المرتهن أما في المسألة الأولى فإن القول قول الراهن مع

بيمينه لأنه يدعي ان يكون الثوب الذي أخرجه هو الذي يجب ايفاء الدين
بقبضه والبينة على المرتهن لانه يدعي عليه انه يلزمه الخروج من الدين
بقبض هذا الثوب وفي المسألة الثانية القول قول المرتهن مع يمينه لان الراهن
يدعي عليه ثوبا آخر وهو منكر له وهاتان المسألتان مخرجتان على ما فيهما من
الاضطراب بأمثال ألفاظ الأحكام قال ولو اختلف الراهن والمرتهن فقال المرتهن
رهنت عندي ثوب وشي وقال الراهن رهنت عندك ثوب خز فالقول قول الراهن
مع يمينه الا أن يأتي المرتهن ببينة يشهدون على ما ارتهن ومعنى هذه المسألة
ان يكون للراهن ثوبان ثوب وشي وثوب خز وهما حاضران فيقول الراهن
رهنتك ثوب خز ويقول المرتهن رهنتني ثوب وشي فيكون المرتهن في ثوب وشي
مدعيا انه رهنه ويكون الراهن منكرا ان يكون رهنه فلهذا قال القول قول
الراهن مع يمينه لانه منكر والمرتهن مدع فاما في ثوب خز فالراهن مقر للمرتهن
والمرتهن دافع لاقراره فيبطل اقرار الراهن ولا يكون فيه على كل واحد منهما
بينة ولا يمين لانهما كرجلين اقر احدهما بحق صاحبه وصاحبه دافع لاقراره
ومنكر في انه يبطل اقراره ولا يلزم واحدا منهما يمين ولا بينة عليه



باب القول في التسليط على الرهن

اذا رهن رجل رهنا على دين له وقال له قد سلطتك على الرهن فبعه اذا
جاء وقت كذا فباعه المرتهن في ذلك الوقت جاز بيعه وان كان فيه فضل
رده على الراهن وذلك لانه وكيل والمسلط وكيل للراهن في ذلك البيع
فجاز بيعه فيه وهذا مما لا اعرف فيه خلافا ولا في انه ان كان فيه فضل
وجب رده الى الراهن لانه مال لم يستحقه سواه قال وان كان الراهن وفا
المرتهن بعض دينه نقض به التسليط فان باع المرتهن بعد ذلك فعلم بيعه الراهن
وسكت كان ذلك منه رضى ببيع المرتهن وقوله ان ايفاء بعض الدين نقض للتسليط
معناه انه امارة نقض التسليط لانه انما سلطه حين كان جميع دينه قائما
فكان الايفاء امارة للنقض ويكره له بيعه بحصول الامارة فاما النقض
الصحيح فلم يقع فان رآه الراهن بعد ذلك يبيعه فسكت كان ذلك رضى منه بالبيع

لأن سكوته على ذلك يدل على أن الإيفاء لم يكن للنقض لأن الإيفاء للنقض لو كان نقضاً لكان السكوت لا يصح البيع لأن الغير إذا باع ملكاً لغيره فلا يصح البيع بسكوت المالك ولا بد من إجازة تحصل منه زيادة على السكوت **مسألة** قال فإن قال الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك إلى وقت كذا فإن الرهن لك كان باطلاً وهذا مما لا خلاف فيه لأنه ليس بتمليك صحيح كالبيع والهبة وروي أن قول رسول الله صلى الله عليه وآله لا يغلق الرهن ورد في هذا لأن هذا كان عادة في الجاهلية فأبطله صلى الله عليه وآله بقوله لا يغلق الرهن بما فيه **فإن قيل** فأنتم قد جعلتموه على غير هذا **قيل** له ذلك لا ينافي هذا فلا يمتنع

وما ذكرناه لا يمنع أنه يفيد أنه لا يهلك على صاحبه إن صاد لأن الغلاق هو الهلاك ونحن نذهب إلى أن الخبر إذا ورد في سبب لم يجب القصر فيه **مسألة** قال وإن رافع المرتهن الراهن إلى الحاكم كان للحاكم أن يبيع رهنه ويوفي دين المرتهن وذلك أنه منصوب للولاية على المسلمين وإنصاف مظلومهم من الظالم ولا خلاف أن الولي إذا عضل المرأة كان للحاكم قياماً مقامه وإن كانت الولاية حقاً للعاضل فكذلك إذا امتنع من إيفاء الغريم حقه كان للحاكم قياماً مقامه في بيع ملكه عليه ليوفي الغريم حقه على أنه لا خلاف أنه يبيع الدراهم للدنانير والدنانير للدراهم فكذلك سائر الأملاك والمعنى أنه ولي أمرهم لإنصاف المظلوم من الظالم كما يأخذ الإمام العشور والصدقات ممن امتنع أو يجعل إصلاحاً وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي قال أبو حنيفة لا يبيع الحاكم لكنه يحبس الراهن حتى يبيعه **مسألة** قال وإن دفع الحاكم الرهن إلى المنادي ليبيعه فتلف على يديه ضمنه المرتهن للراهن وتراداً فيه الفضل وضمنه المنادي للمرتهن قلنا إن المرتهن يضمنه لأنه لم يخرج عن قبضه لأن الحاكم إذا دفعه إلى المنادي فيد الحاكم يد العدول فلا يخرج الراهن عن ضمان المرتهن لأن ولاية الحاكم على الراهن والمرتهن على سواء والمرتهن متى أراد أخذه من الحاكم أمكنه فبان أن الشيء بعد على قبضه وقلنا إن المنادي يضمنه للمرتهن لأن المنادي أجير مشترك والأجير المشترك يضمن عندنا ما تلف على يده **قال** فإن كان الراهن أذن للمرتهن في دفعه إلى من يبيعه فتلف على يده لم يضمنه المرتهن وضمنه المنادي

للراهن

للراهن
لانه اجنبي مشترك وهذا اذا رضي المرتهن على ان يبيعه الراهن لنفسه وليتصرف في ثمنه على ما يريد على ما مضى من القول في المرتهن اذا اذن للراهن في بيع رهنه

مسئلة قال واذا سلط الراهن المرتهن على بيع رهنه فباعه المرتهن فقبض المشتري قبل ان يوفيه الثمن كان حق المرتهن على الراهن وذلك ان المرتهن قد اوجب فيه قبضا لغيره باذن البائع فخرج عن قبض المرتهن وقد قلنا ان خروجه عن قبضه يوجب انفساخ الرهن لذلك قلنا ان حق المرتهن يكون على الراهن **فان قيل** الستم قلتم ان الحاكم لو دفعه للبيع الى المنادي فضاع من يده لا يكون على ضمان المرتهن فالفرق

قيل له لانا قد بينا في تلك المسئلة ان الرهن بعد لم يخرج عن قبض المرتهن لانه يضمن رده اليه فلحقه التلف وهو رهن وفي هذه المسئلة قد خرج عن كونه رهنا لانه قد خرج عن قبضه بحصول استحقاق قبض الغير ومذهب ابي حنيفة واصحابه ايضا مثل مذهبنا في ان المرتهن متى اوجب فيه حق القبض لغيره خرج عن كونه رهنا



باب في ما يحدث الراهن في الرهن

ليس للراهن ان يحدث في الرهن شيئا من مكاتبة ولا تدبير ولا بيع ولا صدقة ولا هبة ولا نكاح ولا امهار ولا اجرة والوجه في هذا ما اجمع عليه من ان الراهن ليس له اخذ الرهن من المرتهن على وجه يخرجه من كونه رهنا الا بايفاء الدين او بابراء المرتهن له او رضى المرتهن بفسخ الرهن وقد ثبت بما بيناه ان بطلان قبض المرتهن مخرج للرهن من كونه رهنا وكل هذه الاشياء مما يبطل قبض المرتهن لاستحقاق قبض غيره فوجب ان لا يصح ذلك من الراهن لان في صحته صحة اخذ الرهن من المرتهن على وجه يوجب اخراجه من الرهن وذلك فاسد وايضا لو اجزنا للراهن لم يكن لاخذ الرهن فائدة ولم يكن للرهن توثقة للمرتهن لان الراهن اذا قال له ان يتصرف فيه خرج الرهن عن معناه **قال** فان باعه باذن المرتهن صح البيع اما اذا باعه باذن المرتهن فلا خلاف في صحة البيع لانهما اذا تراضيا فيه بالفسخ او البيع او غيرهما جاز ذلك واما اذا باعه بغير اذن المرتهن فالاقرب على اوضاعنا ان البيع يقف على التسليم ويكون ذلك كالعيب فيه كما نقول في بيع المغصوب والآبق وبيع المستاجر

فان شاء المشتري صبر الى حين يمكن التسليم وان شاء فسخ البيع وهذا معنى
قوله ان البيع فاسد اي غير مستحق للمشتري انتهى ٨ وهذا اذا كان لا لعيب
في امكان الرد فهو اوكد من العيب لانه من اشتراه مع علمه بالعيب لم يكن له رده لانه
ومن اشتراه وهو مغصوب او مرهون او ابق وهو يعلم امكنه الفسخ اذا تعذر
التسليم والفرق بين هذا وبين العيب ان العيب اذا قبضه المشتري فقد تم له ملكه
والمغصوب ونحوه مما اذا تعذر تسليمه لم يتم فيه ملك المشتري ولا تجب فيه توفية
الثمن الا مع التسليم فمتى لم يتم ذلك كان له فسخ البيع وان كان دخل فيه
مع العلم كان مشتري المغصوب ان دخل في الشراء مع العلم بانه مغصوب واعطى
الثمن له الرجوع في الثمن لان استحقاق البائع للثمن لم يحصل ويبين ان الاقرب
من مذهبه في البيع ما ذكرنا ٨ انه قال في مسألة العتق لو اعتق عبدا يساوي
الفا وهو رهن بالف لم يعتق حتى يؤدي الراهن ما عليه ولو اراد بعد العتق وقبل
الفك بيعه او هبته لم يجز ذلك فمنع من البيع للعتق وكذلك من الهبة دون
كون الرهن رهنا فدل ذلك على ما قلنا ٨ من ان حقوقه رهنا لا يمنع من البيع ح
ويكون كالعيب فيه وكذا يكون بيع المستاجر **مسألة** قال ولو ان رجلا
اعتق عبده الذي رهنه على الف وهو يساوي الفين والرجل موسر عتق العبد ووجب
عليه الخروج من حق المرتهن او ابداله رهنا آخر وان كان معسرا عتق العبد بقدر
الفاضل عن الدين وسعى على الراهن مال المرتهن على حسب ما يمكنه فان ادى ما
عليه عتق العبد وقول ابي حنيفة ان عتق الراهن ينفذ على كل حال ثم ينظر فيما
يلزم الراهن للمرتهن من الايفاء او الابدال او فيما يلزم العبد من السعاية فاما العتق
فواقع تام عنده واما الشافعي فحكى ابن ابي هريرة ٨ عنه في هذا الباب ما يطول
شرحه وجملته انه مرة ٨ يجعل الموسر على قول والخلاف في نفوذ عتقه ويجعل
المعسر على قولين وتارة ٨ يجمع بين المعسر والموسر في انهما على قولين ووجه
ما ذهبنا اليه ما بينا ٨ من ان الراهن ممنوع من التصرف في الرهن على وجه
يخرجه من كونه رهنا يبطل قبض المرتهن وكان القياس ان لا يجوز عتقه ح
لانه يؤدي الى ابطال رهنيته الا انا وجدنا للعتق مزية قوية على سائر
ما ذكرنا جوازه من الاخطار ومع الجهالة ولنفوذه في نصيب الشريك ح

بغير رضاه وللنفوذ في البيع الفاسد ولانه لا يرتفع بعد حصوله في دار الاسلام ثم وجدنا للراهن في تعلق حق المرتهن به مزية قوية وذلك ان مالكه ممنوع من التصرف فيه ولا خلاف ان الموت لا يبطله بمصيره الى الوارث فان المرتهن اولى به من سائر الغرماء ان مات صاحبه مفلسا او فلسه الحاكم وكذلك ان باعه الحاكم عليه كان المرتهن اولى به من سائر الغرماء ولم يكن حكمه حكم سائر املاك المرتهن لهذه المزية التي ذكرناها فلما اجتمع هذان الامران اوجبنا تعلق العتق على الفاضل عن الدين لقوة العتق ولم يوجب تعلقه على ما دونه لقوة حق المرتهن ثم قلنا ان كان الراهن موسرا استقر العتق في ذلك القدر وسرى حقه او ابدل الرهن مكانه كما يلزمه

لان حق المرتهن ليس باقوى من حق الشريك والزمنا الراهن الحر في حق عبده

ان يغرم حق شريكه لو اعتق ما فيه شركة لغيره وكما ان الراهن لو قتله لغرم قيمته ولزمه ان يجعله بدلا للرهن وكذلك لو قتله غير الراهن فغرم قيمته تعلق بها حق المرتهن وهذه المسئلة مما يختلف فيه قولنا وقول ابي حنيفة واصحابه وهو الاظهر عن الشافعي اعني ايجاب العتق دون سائر الشروط وحكى للشافعي قول آخر وهو انه لا يعتق فان سئلنا عن ذلك القول كان تحرير العلة ان يقول هو موسر اولى ببعض المملوك من غيره لكونه مالكا فاشبه الشريك الموسر اذا اعتق نصيبه في ان العتق ينفذ **فان** وان كان معسرا اعتق العبد بمقدار ما فضل عن الرهن وبقي الراهن مال المرتهن على حسب ما يمكنه فاذا ادى ما عليه عتق العبد يعني قولنا اذا ادى ما عليه عتق العبد انه يرتفع حبس الرهن والا فالعتق حاصل لنفوذه في الفاضل عن الرهن فهذه المسئلة كالاولى ولا فرق بينهما الا في تنجيم ملك المرتهن على الراهن ووجهه انه بالسعاية اولى من العبد لان العبد محتبس بحقه لا بقيمة نفسه ولان العبد ايضا لو سعى لرجع عند ابي حنيفة على المعتق فكان المعتق بذلك اولى ولا خلاف بيننا وبين ابي حنيفة في وجوب عتقه وللشافعي فيه قولان ونحن اذا بينا ان حكمه حكم الشريك قلنا فيه طريقان احدهما انا ندل على ان الحرية لا تتبعض وذلك نبينه في كتاب العتق والثاني انا نقيس المعسر على الموسر

على المؤسر اذ مذهب الشافعي ان المعتق ان كان موسرا عتق العبد وضمن نصيب شريكه وان كان معسرا بعض العتق فيعتق نصيب المعتق وشرحنا فساده في كتاب العتق ووجه بقائه في يد المرتهن الى ان يستوفي حقه انه اجتمع فيه حقان حق الحرية وحق الاحتباس فلم يسقط واحد منهما لقوة كل واحد من الحقين على ما بينا * **مسئلة** قال وان رهنه على الف وهو يساوي الفين ثم انه ثم اعتقه لم يعتق حتى يؤدي الراهن حق المرتهن فان اراد الراهن بعد العتق وقبل الفك بيعه او هبته لم يجز ذلك وهذا الاختلاف بيننا وبين ابي حنيفة وللشافعي فيه قولان وهذا يشبه المدبر والمعتق على شرط منتظر في ان عتقه يقع ولا ينفذ في الحال وكذلك ان نقص فهو عتيق جائز والمرتهن اولى به وبقيمته ان استهلكه مستهلك وبثمنه ان باعه الحاكم والراهن ممنوع منه من كل وجه فوجب ان لا ينفذ فيه عتقه ولقوة العتق والحرية اوجبنا الا يبطل ويقف على افتكاكه كالمدبر والمعتق على شرط منتظر وقلنا انه يمنع من بيعه وهبته وان كنا نجوز بيع المدبر عن ضرورة لانه اقوى من التدبير والعتق على الشرط لانه لفظ منع من حصول العتق وههنا المانع منه لم يقع مع لفظ العتق وانما هو حكم منع حصول العتق مع ان سبب العتق قد حصل فاشبه ام الولد في ان مالكها ممنوع من بيعها وهبتها على كل وجه **قال** ولا يجوز له ان يؤخر افتكاكه مع القدرة عليه فان اخره اجبر على افتكاكه وذلك لانه اجتمع عليه حقان يتعلقان احدهما بفعله وجوب الدين والثاني العتق فلا يشبه هذا ام الولد لان عتقها لا يتعلق بفعله وكذلك المدبر فلا يلزم ذلك على ما قلنا * **قال** واذا ادى حق المرتهن عتق العبد لانا قد بينا ان المانع من استقرار العتق كونه رهنا فاذا خرج عن كونه رهنا بتوفية الحق على المرتهن وجب ان يعتق لزوال المانع فذال

باب القول في جناية الرهن

قال ولو ان رجلا رهن عبدا فقتل العبد المرتهن انتقض الرهن وطالب ورثته المرتهن الراهن بما عليه من الحق وحكم على العبد بما يحكم على العبد القاتل عمدا

او خطأ يعني قوله انتقض الرهن ان ورثة المرتهن استحقوا رقبته ان كان القتل عمدا وان كان خطأ ايضا استحق الورثة الرقبة ان لم يفده الراهن بالدية فيكون الرهن منتقضا على الوجهين على ما بيناه ولا ينتقض ان كان القتل خطأ وفداه الراهن بالدية ولورثة المرتهن المطالبة بدينهم لانهم لا يضمنون جناية الرهن على ما بيناه **مسألة** قال وكذلك ان قتل اجنبيا عمدا او خطأ حكم على العبد بذلك ولم يضمنه المرتهن **قال** **واعلم** ان الوجه في ان المرتهن لا يضمن جناية العبد المرهون هو ان جناية العبد في الحكم كانها جناية سيده لانه يلزمه غرمها الا ترى انه لو قتل كان ذلك تلف ماله وكذلك ان استرقه المجني عليه او فداه الراهن بالدية او سرق فقطعت يده كان ذلك غرما يلحق مال السيد كما يلحقه بجنايته الا ترى انه لو كان ولده بدلا منه لم يلحقه شيء منه من ذلك فبان ان جناية العبد في الحكم كانها جناية سيده فاذا كان ذلك كذلك لم يكن لتضمين الراهن للمرتهن ما هو جار مجرى فعله معنى كما ان الراهن لو كان المتلف له لم يضمنه المرتهن فلهذا اسقطنا الضمان في ذلك عن المرتهن ويدل على ذلك قوله صلى الله عليه وآله لصاحبه غنمه وعليه غرمه وهذا اغرام الرهن فيجب ان يكون على سيده كما ان العبد لو اكتسب لكان ذلك الغنم لسيده كذلك اذا غرم بالجناية كان الغرم على سيده **قال** وان كان الراهن معدما انتظر بالعبد الى ان يجد الراهن ما يوفر على المرتهن فاذا وجد ذلك حكم على العبد بما يلزمه من قتل او غيره ووجهه انهما حقان تعلقا به على وجه واحد لانهما حقان تعلقا برقبته فكان تقدم ما ليس فيه افاتة النفس اولى كالحدين اذا اجتمعا على رجل وكان في احدهما افاتة النفس كان تاخيره اولى كان سرق وزنى وهو محصن وذلك ان النفس اذا فاتت بطل الحق الذي هو غير افاتة النفس وليس يلزم عليه الفقير الذي عليه الدين ويقتل عمدا في ان القتل تقدم لان الحقين لم يتعلقا به على وجه واحد لان القود تعلق برقبته والدين تعلق بذمته ونحن انما قلنا ذلك في الحقين المتعلقين به على وجه واحد الا ترى ان المعدم بعد القتل يجوز ان يظهر له مال يوفي ذمته واذا قتل العبد بطل حق المرتهن المتعلق برقبته من الاحتباس والتوثقة فاما اذا كان القتل خطأ فهو مثله لانه لم يفرق بينهما احد ولانهما

ولأنه أيضًا في حكم إفاتة النفس في معنى بطلان حق المرتهن من التوثقة
والاحتباس بجعله الآن يملك به صاحبه بالدية فلذلك ويبقى العبد
رهنًا فلا يكون على المرتهن ضرر **مسألة** قال ولو أن رجلاً ارتهن
عبدًا فاغتصب العبد مالاً لرجل واستهلكه كانت جنايته على الراهن ولم يضمنها
المرتهن ووجهه هو ما مضى من أن جنايته في الحكم كأنها جناية سيده في رجوع
غرمها عليه كما يرجع بفعله فلا وجه لإعادته وباقي الباب على هذا فلا معنى
لذكر تفاصيله **مسألة** قال أيده الله والذي اختاره في الرهن م
أن أعتق عبده المرهون أن العبد يعتق على كل وجه كما ذهب إليه أبو حنيفة
لأن المرتهن ليس بأوكد من حق الشريك في ملكه وإذا أنفذ العتق في حق
الشريك مع أنه حق الملك كان نفوذه في حق المرتهن أولى **تضمين المرتهن**
قوله الرهن يقوى من جهة النظر إن كان به قائل مثل يحيى بن الحسين عليه السلام
لكنه يضعف عندي لأني لا أعرف به قائلاً قبله معنى قولنا أن الشيء مضمون على الإنسان
أنه إن تلف تلف من ماله ثم ينظر في الضمان فربما كان ضمان مثله وربما كان
ضمان قيمته وربما كان ضمان الشيء من الثمن أو الأجرة **فإن قيل** أن
معناه أن عليه غرم تلفه ثم الغرامات تختلف كانت العبارة أجود لأنه قد يدخل
فيه النفس المضمونة بالقصاص والدية وكذلك الخراج المضمون وغير ذلك ح

كتاب الغصوب

باب القول في المغصوب يؤخذ بعينه

القول في المغصوب

لو أن رجلاً غصب عبدًا أرضًا فبنى فيها أو غرس أشجارًا كان صاحب الأرض أولى
بأرضه وحكم على الغاصب بنقض بنائه أو قلع غرسه وإبعادهما عن الأرض
وذلك لقوله صلى الله عليه وآله من أحيى أرضًا ميتة فهي له وليس
لعرق ظالم حق وعن عروة بن الزبير عن أبيه عن النبي صلى الله عليه
وآله بمثله رواه الكرخي **قال** عروة حدثني صاحب هذا
الحديث أنه رأى رجلين من بني بياضة يختصمان إلى النبي صلى الله عليه وآله
في أرض لأحدهما وللآخر فيها نخل فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب

النخل ان يخرج نخله عنها ولقد رايته يضربه بالفؤوس وهذا انما لاختلاف
فيما بين المسلمين **مسألة** قال القاسم فان زرعها قضي لصاحب الارض
بالزرع وللغاصب ما غرم في الزرع فكان ابو العباس رضي الله عنه يحمل هذا على
موافقة ما دلت عليه اصول يحيى عليه السلام من ان الزرع للزارع ولصاحب
الارض عليه كراء المثل والمراد بقوله وللغاصب ما غرم اي ما فضل عن كراء المثل
وهذا اوجه وقد يجوز ان يكون ذهب الى ظاهر ما روى رافع بن خديج عن النبي
صلى الله عليه وآله من زرع في ارض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء
ويرد عليه نفقته وروي له نفقته وليس له من الزرع شيء فهذا يحتمل ان يكون
اراد من زرع ببذر قوم بغير اذنهم في ارضهم وان يكون المراد له نفقته ان كانوا
اذنوا له بعد ذلك في النفقة وتاول ذلك اصحاب ابي حنيفة فقالوا معناه ليس
له من الزرع شيء كما له فيما زرعه في ارضه او في ارض اباحها له زرعها لان
عليه ان يتصدق بالزرع ويبعد وجوب التصدق فيه اذا كان البذر له لانه ملكه
لم يجدد عليه فيقال انه ملكه من وجه محظور وانما هو قدر على الحال
محظور وذلك كجارية صغيرة يربيها بالحرام لا يلزمه التصدق بها ونظائر ذلك
كثيرة وقال ابو حنيفة لا كرا على الغاصب لما استهلك من منافع المغصوب
ودلت اصول يحيى عليه السلام على وجوب (ايجاب) الكرى اصول يحيى عليه السلام
وبه قال الشافعي ووجهه ان المنافع يجوز فيها الاباحة والاستباحة عليها
فوجب ان يلزم العوض باستهلاكها دليله الاصول **فان قيل** فيلزمكم
ان توجبوا على من وطئ جارية غيره مهر المثل كما اوجبتم على من سكن دار غيره
كرى المثل **قيل** له هذا لا يلزم على علتنا لانا عللنا بان قلنا تصح
فيها الاباحة والاباحة لا تصح في الوطء على ان منفعة البضع لا تشبه سائر
المنافع الا ترى ان من ملك البضع بعقد صحيح ثم لم يطأ وبقي مدة وطلق
لا تستحق مهر المثل وكذلك عندنا لو مات وليس كذلك سائر المنافع لان
من استاجر دارا مدة ولم يسكنها استحق عليه الكرى فدل ذلك على ان استحقاق
عوض الوطء على خلاف استحقاق اعواض سائر المنافع لان عوض البضع لا يستحق
الا بالوطء عن عقد صحيح او شبهة وليس كذلك سائر المنافع الاخرى

ان من ملك البضع بملك صحيح ثم لم يطأ في بقية مدة وطلق لا تستحق
مهر المثل وكذلك عندنا لو مات وليس كذلك سائر المنافع لأن من استأجر
دارا مدة ولم يسكنها استحق الكراء عليه فدل ذلك على ان استحقاق عوض الوطء
على خلاف استحقاق اعواض سائر المنافع لأن عوض البضع لا يستحق الا بالوطء عن
عقد صحيح او شبهة وليس كذلك سائر المنافع الا ترى ان المرأة لو رضيت
ان تتزوج وتوطأ بغير مهر لم يصح ذلك ووجب فيه المهر على ان المهر ليس
هو عوض عن الوطء لأنه سوى وطي مرة او الف مرة فانما يجب مهر واحد فبان
انه عوض الوطء الأول الواقع على الاستباحة **فان قيل** فيلزمكم على علتكم
الحر اذا احتبس ومنع التصرف ان يلزم له كرى المثل **قيل** له لا يلزم ذلك
لانا قسنا المنافع على اصولها فالحر لا يصح فيه الاباحة بالاعتياض عليه فلم
يجب ان يقيس عليه منافع على ان منافع الحر لا يصح فيها الاباحة **فان قيل**
روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال الخراج بالضمان فاذا ضمن
الغاصب المغصوب فيجب ان تكون منافعه له **قيل** له ليس من مذهبكم
ان المنافع تكون للغاصب وانما يقولون انه لا يضمنها بالاستهلاك فلم يقولوا بموجب
الخبر في هذا الموضع ولم يقل به احد من الامة فبان ان المراد غير مذهبكم البتة
فان قيل المنافع ليست مالا فلا يستحق عليها العوض بالاتلاف
قيل له فيلزمكم ان لا يستحق عليها العوض بالعقد على ان من
فتق ثوبا مخيطا لغيره او نقض بابا منحوتا فلا خلاف انه يضمن ما اتلف من المنافع
فقد بطل قولكم انها لا تستحق عليها الاعواض بالاتلاف على ان هذا يمكن ان
نجعله اصلا نقيس عليه بان نقول انها منافع اعيان مملوكة فيجب ان تضمن
بالاتلاف كفتق الثوب ونقض الباب ولا يلزم منافع ولد المغرور لانه حر
ومنافع الحر لا تضمن بالاستهلاك لما بينا ولان منافعه مخالفة لامهاته
ولا تصح فيها الاباحة **مسألة** قال ولو ان رجلا اغتصب
خشبة ثم بنى عليها قضى على الغاصب بتسليم الخشبة الى صاحبها ونقض
ما بنى عليها ان كان لا يمكن ذلك الا بنقضه وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة
واصحابه لا يجب تسليمها اذا لم يتم الا بنقض البناء ولصاحبها القيمة

والدليل

والدليل على ما ذهبنا اليه قوله صلى الله عليه وآله وسلم ليس لعرق ظالم
حق وقوله على اليد رد ما اخذت وقول الله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم
بالباطل وقوله وآتوا اليتامى اموالهم وقد يكون ذلك لليتيم وقال وآتوا النساء
صدقاتهن نحلة وقد يكون ذلك صداقا وهو قياس ما لم يبن عليه بعلة انه
ملك الغير لم يجر فيها بغير ولا هبة ولا بيع ولا اجارة ولا يؤدي الى اتلاف
النفس او الخوف منه وجعلنا يفصل عن الخيط يخاط به الجرح او اللوح يركب
عليها السفينة فيطالب به صاحبه في اللجة لان هذين يؤديان الى تلف النفس
او يخاف ذلك اي يقال انه مال مغصوب قائم بعينه لا يؤدي اخذه الى تلف
النفس او الخوف منه **فان قيل** لو الزمنا نقض البناء كنا قد ادخلنا عليه
ضررا لا يستحق **قيل** له ليس كذلك لان ذلك القدر من الضرر مستحق
عليه الا ترى الى ما روي ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم امر بقلع النخل عن
الارض المغصوبة وذلك مما يلزم الغاصب فيه ضرر لكنه مستحق لحق المغصوب
منه ولا خلاف في ان من زرع ارضا مغصوبة يجب قلع الزرع وذلك
مما يختص بالغاصب اذا لم يمكنه تخليص المغصوب الا بضرر يدخله على نفسه
وهكذا لو بنى في ارض مغصوبة لزمه نقض بنائه **فان قيل** فانه
بناه على ملكه فهو غير متعد فلا يجوز الزام نقضه **قيل** له بناه على
ملكه وملك غيره وهو الخشبة المغصوبة فكان قياسه قياس ما بنى بناء
بعضه على ملكه وبعضه على ملك غيره جاره اذا لم يتم له تسليم ارض جاره الا
بنقضه كله يلزمه نقضه **قال** وكذلك لو كان الغاصب دفعها الى غيره
فبنى عليها عالما بانها مغصوبة او غير عالم بذلك يقضى بالخشبة لصاحبها فان كان
الثاني لم يعلم انها غصب وغره الغاصب رجع على الغاصب بقيمة ما فسد من
بنائه اما وجوب رد الخشبة فقد مضى الكلام فيه فلا وجه لاعادته و
الثاني ايضا غاصب كالاول علم او لم يعلم الا في المأثم فلا اثم عليه اذا لم
يعلم واما رجوعه على الغاصب بقيمة ما فسد اذا لم يعلم بانه مغصوب
فهو ما نذكره في باب ولد المغرور وقياس عليه **مسألة** قال
ولو ان رجلا اغتصب امة مدبرة ثم اولدها كان الولد مدبرا كالام ولم يلحق

نسبه بالواطي ولو كانت المغصوبة ام ولد كان الولد في حكم الأم تعتق بعتقها
ولم يلحق نسبه بالواطي وعليه حد مثله ولا عقر عليه والعقر والحد لا يجتمعان
قلنا ان ولد الأمة المدبرة وام الولد يكون في حكمها لأن الولد يكون في حكم الأم
في العتق والرق والحرية لا خلاف فيه الا ان ولد ام الولد من سيدها لانه
يكون حرا لأن الأب لا يملك ولده ومنعنا لحوق النسب لأن الواطي زان وقد
قال صلى الله عليه وآله وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر وهو مما لا خلاف فيه
واوجبنا الحد لانه ارتكب الزنا بغير شبهة ولم نوجب العقر لأن العقر لا يجب
الا بوطي يقع في عقد صحيح او شبهة عقد لأن ما خلا من ذلك يكون زنا
محضا ولا خلاف انه لا مهر في الزنا اذا لم يعرض فيه معنى آخر ومنعنا اجتماع
العقر والحد لهذه العلة لأن الحد يجب في الزنا المحض والمهر لا يجب فيه بت

مسئلة قال ولو ان رجلا اغتصب ناقة فنحرها او بقرة فذبحها
او غيرها من الطيور ونحوها كان صاحبه بالخيار ان شاء اخذه مذبوحا وان
شاء اخذ قيمته واخذ قيمة ما نقصه الذبح وان شاء ضمن قيمته حيا وح
قول اصحابنا انه ان شاء اخذه على ما به وان شاء تركه واخذ قيمته حيا ان
الغاصب لم يتلف عينه بل العين باقية ولم يتلف من اجزائه ما يجوز ان يكون
له قيمة وانما استهلك بعض منافعه فاذا امكننا ان نعيد الفائت من المنافع ح
كانه لم يفت بان نعطيه قيمته حيا الا ترى ان يرضى باخذه مذبوحا

مسئلة قال وان اغتصب ثوبا فقطعه قميصا او غيره قميص
كان صاحبه بالخيار ان شاء اخذ الثوب على ما وجده وان شاء مخيطا او مقطوعا
غير مخيط وان شاء اخذ قيمته صحيحا وعند ابي حنيفة ياخذه ويأخذ ما
نقصه القطع من الغاصب ان شاء وان شاء سلمه الى الغاصب وضمنه قيمته
قال الشافعي ليس لصاحبه الا اخذه واخذ قيمة النقصان قال ابو حنيفة
ان كان خاطه فليس لصاحبه عليه سبيل وياخذ قيمته صحيحا **اعلم**
ان ما مضى من الكلام في المسئلة الاولى هو الكلام في هذه المسئلة
ونحن نزيده ايضاحا فنقول ان الذبح والقطع ليس بافساد بل ربما
يتعلق الغرض بهما في الاكثر الاعم فاذا اختار المغصوب منه اخذه

فكأنه رضي بالذبح والقطع فلا وجه لتضمينه للغاصب قيمة النقصان وأما إذا
لم يختر ذلك فنقول في المسألتين إنه يسلمهما إلى الغاصب ويأخذ قيمة كل واحد
منهما صحيحاً لأن الغاصب قد أتلف الكثير من منافعهما بالذبح والقطع والغرض
في العين هي المنافع يدل على ذلك أن من غصب عبداً أو فرساً وماتا في يد
الغاصب ضمن القيمة لفوات عامة منافعها ولأن للمذبوح مع قيمة ما نقصه
الذبح قد لا يسد مسد الحي في المنافع المبتغاة (المستفادة من) وكذلك الثوب المقطوع مع
مع قيمة ما نقصه القطع قد لا يسد مسد الثوب الصحيح فلا يمتنع أن يكون
غرضه قد فات بما حصل فيهما من الذبح والقطع إذ قد فاتت عظم منافعهما
فوجب أن لا يلزم صاحبهما أخذهما بل جعلنا له تسليمهما إلى الغاصب وأخذ مع
قيمتهما حياً وصحيحاً فإن قاسه الشافعي على الشق اليسير في أن صاحب الثوب
لا يمكنه أن يدفعه إلى الغاصب ويضمنه القيمة وهو صحيح لم يصح ذلك لأن
الشق اليسير لم يفت أكثر منافعه فإن فات اليسير منها فلم يبطل أكثر
الأغراض المتعلقة بالثوب ألا ترى أن من أخذ عبداً فشجه موضحة أو حيواناً
فجرحه لم يكن لصاحبهما إلا ما نقصهما ولو قتلهما الغاصب كان لصاحبهما القيمة
فأما ما قال أبو حنيفة من أن الغاصب إن كان خاطه جبة فقطعه بطل حق
الثوب فلا سبيل لصاحبه عليه لفوات أكثر منافعه لا معنى له وذلك أن
الخياطة لم تفت من المنافع إلا ما فاته القطع بل زاد وهو متبرع في الزيادة
على ما يجيء القول فيه بعد هذه المسألة فأما الشق اليسير فقد ذكر في الأحكام
فيما أفسده الصانع أن لصاحب المتاع أخذه وأخذ قيمته فقط إن كان الفساد
أذهب أقل من النصف من قيمته فإن كان أذهب أكثر من النصف من
قيمته فله أن يسلمه إلى الصانع ويأخذ قيمته صحيحاً فبنيه على أن اليسير من
الشق لا سبيل فيه لصاحب الثوب إلا على أخذ قيمة النقصان وهذا
ما لا خلاف فيه **فإن قيل** فأنتم تقولون إذا قطع الغاصب الثوب
أو ذبح الشاة فأخذهما لا شيء له غيرهما وقلتم فيما أفسد الصانع أنه يأخذه
ويأخذ قيمة النقصان فما الفرق بينهما **قيل** له الفرق بينهما أن
الفساد لا يتعلق به الأغراض في العادة فإذا رضي بأخذ الثوب الذي خرقه
القصار أو الباب الذي كسره النجار لم يدل ذلك على رضاه بالخرق والكسر

و القطع والذبح مما يتعلق به الاغراض في الاعم الاكثر ومجرى العادات فاذا
رضي صاحبهما باخذهما دل ذلك على رضاه بالقطع والذبح ولذلك لم يجعل
لهما قيمة النقصان على الغاصب القاطع والذابح وجعلناها على المحرق والكاسر

مسألة قال فان اغتصب ثوبا فصبغه او باعه فصبغه المشتري
اخذه صاحبه مصبوغا ورجع المشتري على الغاصب بقيمة الصبغ ان كان
المشتري لم يعلم ذلك ولم يكن للغاصب ان يغسل الصبغ عن الثوب لا خلاف
ان صاحب الثوب ياخذه مصبوغا لانه وجد عين ماله المغصوب لم يجر فيه
ما يجري مجرى الاستهلاك ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم ليس لعرق
ظالم حق وقوله على اليد ما اخذت وقلنا يرجع المشتري على الغاصب البائع بقيمة
الصبغ لانه مغرور اذا لم يكن علم ان الثوب مغصوب كما يقول ذلك في ولد المغرور
المغرورة واما صاحب الثوب فقد اختلف فيما يلزمه للصبغ فحكى ابن ابي هريرة
مثل قولنا انه لا شيء للصبغ على صاحب الثوب عن المزني وكان يحصل مذهب
ابي حنيفة واصحابه ان الصبغ ان كان نقص الثوب فلصاحب الثوب الخيار
بين ان ياخذه لا شيء له سواه وبين ان يسلم وياخذ قيمته ابيض وان
كان زاده فله الخيار بين ان يسلمه وياخذ قيمته ابيض وبين ان ياخذه
ويضمن للغاصب قيمة صبغه وقال الشافعي في الزيادة يكون الغاصب شريكا
في مقدار الصبغ لصاحب الثوب في الثوب وفي النقصان للغاصب غسله عن الثوب
على ان يضمن نقصان الثوب قلنا لا شيء للغاصب على صاحب الثوب للصبغ زاده
او نقص وليس للغاصب اخذه عن الثوب لان الغاصب كان متبرعا بذلك
لانه لم يصبغه بعوض على عقد صحيح ولا فاسد ولا بحكم ولا بينة ولا باذن حاكم
فلم يبق له وجه الا التبرع يدل على ما قلناه ما اجمعوا عليه من ان الغاصب
لو غصب عبدا مريضا هزيلا فانفق عليه مثل ثمنه حتى استغنى وبرا وسمن
لم يرجع بما انفق على صاحب العبد للعلة التي ذكرناها فكذلك ما اختلفنا فيه

فان قيل لا خلاف ان من غصب سيفا فحلاه بالذهب والفضة
ثم جاء صاحب السيف ان للغاصب اخذ الذهب والفضة عن السيف فكذلك
الصبغ **قيل** له لا يشبه هذا ما اختلفنا فيه لان الصبغ مستهلك



في الثوب الا ترى انه لا يجوز بيعه منفرداً من الثوب وليس كذلك
الذهب والفضة لانهما عينان قائمتان لم يجر فيهما الاستهلاك فكان الغصب (البيع)
لما ردناه اليه من النفقة اشبه وعند ابي حنيفة لو غصب ارضاً فيها زرع
او نخل او شجر فسقى وانفق عليها حتى انتهى فان المغصوب منه يأخذ ذلك اجمع
ولا شيء للغاصب فكذلك ما اختلفنا فيه **فان قيل** لم يكن قصد
الغاصب التبرع فيما انفق في الصبغ **قيل** له لا معتبر بالمقصود
في هذه الاشياء الا ترى انه لم يقصد التبرع فيما انفق على العليل و
الارض والنخيل ولكن حصل متبرعاً للوجه الذي بيناه **قال**
فان نقصه الصبغ كان لصاحبه الخيار بين اخذه وبين اخذ قيمته ابيض
[illegible] ووجهه ما مضى فيمن ذبح شاة او قطع ثوباً ثم جاء المغصوب منه [illegible]
مسألة ولو اغتصب اديماً فدبغه اخذه صاحبه مدبوغاً ووجهه
ما قدمناه من انه متبرع بما عمل وهو اوضح لانه ليس فيه ما يقال انه مال
قائم للغاصب فيكون مثل الانفاق على العبد العليل وما اشبه ذلك
سوى **مسألة** قال ولو ان مغتصباً زاد في المغصوب ما يمكن اخذه من
غير اضرار بالمغصوب كان للمغتصب اخذه عنه [illegible] وهذا مثل ان يحلي السيف
بالذهب والفضة ونحوه من الدواة واللجام وهذا لا خلاف فيه لانه عين قائم
لم يستهلك فان لحق المغصوب بالقلع ضرر ضمنه الغاصب على نحو ما مضى القول
في قليل الضرر وكثيره الا في ان المغصوب يأخذ قيمة الضرر ان كان يسيراً اذا كان
مما لا تتعلق به الاعراض في الاغلب وفي الكثير له الخيار في تسليمه واخذ قيمته
صحيحاً

باب القول في المغصوب يزيد وينقص

القول في المغصوب يزيد وينقص

لو ان رجلاً اغتصب بقرة او غيرها من الحيوان من مملوك له او غيره فنتج
عنده او ولدت اخذها صاحبها واخذ نسلها فان هلكت الام وبقي النسل
اخذ قيمة الام يوم غصبها واخذ النسل وان هلك النسل وبقيت الام اخذ الام
ولم يأخذ قيمة النسل الا ان يكون النسل هلك بجناية من الغاصب فتلزمه القيمة
وبه قال ابو حنيفة واصحابه والخلاف بيننا وبين الشافعي في الاول لا

ان تلفت من غير ان يستحدث فيها الغاصب امرا يوجب الضمان وقال الشافعي
هي مغصوبة مضمونة كالامهات وقولنا لا تكون مغصوبة بغصب الامهات ولا
مضمونة بضمانها والوجه في ذلك ان الولد صار في يد الغاصب بغير فعله و
تلف بغير فعله من غير ان توجهت اليه مطالبة من له الحق في مطالبته فوجب
ان لا يضمن ان تلف كمثله الثوب تلقيه الريح في داره او الطائر يسقط في
داره او النواة يلقيها تنبت اذ لا خلاف ان جميع ذلك لا يضمن للعلة التي
ذكرناها فكذلك ولد المغصوبة وليس يلزم على هذا ما نقوله من ان من صاد
ظبية من الحرم واخرجها من الحرم ثم ولدت ثم هلكا انه يضمن الظبية وولدها
وذلك ان الله عز وجل قد امر بارسالها وارسال ولدها وردهما الى الحرم فلما امتنع
من ذلك مع توجه المطالبة عليه بردهما الى الحرم حتى تلفا ضمنهما بل مثال هذا ان
يطالب بولد المغصوبة صاحبها فيمتنع من ردها ومتى كان ذلك كذلك ضمنه
الغاصب على ان ضمان صيد الحرم وصيد المحرم عندنا لا يشبه ضمان الاموال لان
عندنا ان جماعة لو اشتركوا في صيد محرم ضمنه كل واحد منهم وكذلك لو دل عليه
غيره فقتله بدلالته ضمنه وليس كذلك ضمان الاموال فبان ان ضمان صيد الحرم
وصيد المحرم لا يجوز ان يجعل لضمان الاموال اصلا **فان قيل** ما انكرتم
ان يسري الغصب الى الولد كالكتابة والتدبير والاستيلاد كما قلتم ذلك
في الرهن **قيل** له نحن قلنا ذلك لانا وجدنا الكتابة والتدبير حقين
ثابتين في الرقبة وكذلك الاستيلاد ثم وجدنا الرهن ايضا حقا ثابتا
في الرقبة فقسناه على ذلك في باب السراية والغصب ليس بحق ثابت على
الرقبة فكيف نقيسه على ذلك على انا قد بينا في مسئلة فوائد الرهن
ان الرهن لا يصير مضمونا بضمان الام حتى يشارك الام في سبب الضمان
وولد المغصوبة لم يشارك المغصوبة فيما وجب ضمانه لانه لم يجر عليه
الغصب كما جرى على امه ومتى جرى عليه الغصب كان ايضا مضمونا **فان
قيل** اذا كان حفر البئر سببا للجناية اذا وقع فيه انسان فما انكرتم
ان يكون غصب الام سببا لغصب الولد **قيل** له لو لم يكن الحفر كان لا يجوز
ان يحصل الوقوع فيه ووقع الحفر لا بد من الوقوع اذا لم يحترز وليس كذلك

وغصب الولد لأن كل واحد منهما يجوز افراده عن صاحبه فلم يجز في الغصب ان
يكون احدهما سببا للآخر ووجب ذلك في الحفر والوقوع **مسألة**
قال ولو ان رجلا اغتصب شجرا صغارا فغرسها وسقاها حتى كبرت كان صاحب الشجر
اولى بقلعها وباخذها وهذا مما لا خلاف فيه لأن الغاصب وجد عين ماله
لم يستهلك ولم يجر فيه ما يجري مجرى الاستهلاك فكان اولى به على ما مضى
القول في امثاله **مسألة** قال ولو انه اغتصب شيئا من الحيوان
فسمن عنده وكبر اخذه صاحبه بزيادته وكذلك ان هزل ونقص اخذه
بنقصانه ولم يرجع على المغتصب بشيء اما اذا وجده صاحبه زائدا فلا
خلاف في انه يأخذه فاما اذا وجده ناقصا من الهزال فاكثر العلماء فيما
حفظت على انه يأخذه ويأخذ قيمة النقصان فذهب يحيى عليه السلام
على انه يأخذه لهزاله ووجهه ان الهزال لم يكن بجنايته ولا هو امر يختص
بحكم وانما هو تبع للجملة ولم يكن من الغاصب في العين الا القبض على وجه
التعدي فاذن ازال ذلك وجب ان يخرج عن ضمانه كما انه لا خلاف انه لو نقص
من جهة السعر اخذه صاحبه ولم يرجع على الغاصب بشيء لنقصان السعر فكذلك
ما ذهب اليه **فان قيل** ارايت ان عمي او ذهبت يده كان لا يرجع
بالنقصان **قيل** له هذه اعضاء يصح ان تفرد بالاحكام الا ترى انها في العبد
تختص بجزء معلوم من القيمة فاذا رده على ما ذكرتم لم يرد العين كما كانت ونقصان
الهزال بنقصان السعر اشبه والمسألة في الجملة فيها ضعف ولا احفظ عن غيره
انه قال بها **مسألة** قال ولو انه اغتصب عبدا او دابة او حانوتا
فاستغلها قضي للمالك بالمغصوب وغلته على ما ذهب اليه من ايجاب كرى
المثل على الغاصب وقد مضى الكلام فيه والذي يقتضيه مذهبنا ان
الغاصب يدفع الى المغصوب منه كرى المثل فان كانت الغلة مثله لم يلزمه
شيء آخر وان كانت دونه كان على الغاصب ان يبلغه كرى المثل وان كانت فوقه
دفع كرى المثل الى المغصوب منه ورد الباقي الى بيت المال لأن صاحب الشيء
قد استحق على الغاصب كرى المثل فعليه توفيته وما زاد على ذلك
مصرفه الى بيت المال لأنه ملكه من جهة محظورة **قال** وكذلك ان

ان استغل الغاصب من العبد بما علمه من الصناعة غلة كانت الغلة لصاحب العبد وهذا وجه وتفصيله ما مضى قبله قال فان تلف العبد اخذ صاحبه قيمته لو لم يحسن تلك الصناعة ووجهه انه لا يضمن الزيادة في جسمه اذا لم يكن تلفه بزيادة بجناية منه كما قلنا في ولد الا فانه لم يضمن الولد والزيادة في جسمه ما لم يكن التلف بجنايته فاولى ان لا يضمن الصناعة زيادة الصنعة فان كان هو المستهلك له بفعله فقياس قول يحيى بن الحسين انه يضمن جميع ذلك

مسئلة قال وكذلك ان ابق العبد ضمنه غاصبه الى ان يقبضه صاحبه ومتى قبضه صاحبه على اي وجه قبضه عالما به او غير عالم فقد خرج الغاصب من ضمانه لانه لا يجوز ان يكون عليه ضمان شيء هو في يد مالكه فان عاد من المالك او خرج من يده لا بالغصب لم يضمن الغاصب الاول الا ان يغصبه ثانيا كل ذلك يقتضيه ظاهر قول يحيى عليه السلام وبه قال ابو حنيفة واصحابه ولا احفظ خلافه عن غيرهم

باب القول في استهلاك المغصوب

اذا اغتصب الرجل شيئا ثم استهلكه ان كان المستهلك حيوانا او عرضا او مثلهما فان كان مما يكال او يوزن لزمه مثل ما اغتصبه **اعلم** ان الغاصب ان استهلك المغصوب لم يخرج المغصوب عن ثلاثة احوال اما ان يكون حاله يوم الاستهلاك كحاله يوم الغصب لم يتغير بزيادة ولا نقصان فهذا قيمته يوم اغتصب وقيمته يوم استهلك سواء وعن ايهما عبرت صحت العبارة والمعنى في العبارتين سواء او يكون قد زاد جسمه فهذا قيمته يوم استهلكه لان الزيادة في جسم المغصوب مضمونة اذا كان تلفه بفعل الغاصب لا اعرف فيه خلافا الا اختلاف رواية عن ابي حنيفة نفسه والظاهر ان التضمين اصح الروايتين عندهم لانه رواية محمد عن ابي يوسف عنه والآخر رواية اصحاب الاملاء عن ابي يوسف عنه ووجهه انه قد جنى على الزيادة كما جنى على الاصل فيجب ان يضمنها كما يضمن الاول لاداء اذا تلفت بجنايته او يكون قد نقص جسمه فالغاصب يضمن قيمته يوم اغتصبه لانه ضمن يوم اغتصبه قيمته بشرط ان يعجز عن رد العين

القول في استهلاك المغصوب

لاختلاف

تسليمهما لا يجوز لان التسليم يتضمن معنى البيع ولا يجوز بيع ام الولد ولا بيع المدبر فلزمه جنايتهما الى قيمتهما قال وان كان المغتصب صبيا لزمه قيمة ما استهلكه في ماله لان الحقوق مكاتبا لزمه ما استهلكه يستوي فيه مع الكتابة وذلك انه في حكم الحر فكذلك في الجنايات قال وان كان المغتصب صبيا لزمه قيمة ما استهلكه في ماله لان الحقوق المتعلقة بالاموال الصبي فيها كالبالغ كالنفقات واروش الجنايات على النفس ولذلك اوجبنا عليه الزكوة في ماله

مسائل في الغصوب ليست من التجريد

قال في الاحكام اذا اسرق مسلم من ذمي خمرا بحيث يجوز لهم ان يتملكوه قطعت يده اذا اسرق ما يساوي عشرة دراهم في الخمر فامره بالقطع وتقويمه اياها دلالة انه يضمن المسلم قيمتها وكذا يجب ان يقال في الخنزير اذا لم يفرق بينهما احد وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال الشافعي لا يضمن قلنا انهم عوهدوا على ان تكون اموالهم اموالهم فلو لم يضمن سارق الخمر كنا قد اخرجنا الخمر عن ان يكون من اموالهم وروي عن عمر انه امر ان يأخذ العشور منهم الا بأخذ الخمر منهم وقال ولوهم بيعها وخذوا اثمانها والاظهر انه روي عن علي عليه السلام ان رجلا قتل لنصراني خنزيرا فضمنه قيمته

مسألة

قال ابو العباس رحمه الله حكي عن ابي حنيفة انه من ارسل بهيمة في ملك غيره فانه يضمن ما افسدت لا من نص على ان الاظهر على قول اصحابنا انه يضمن ما اتلفه بعد الموت ايضا كما قالوا فيمن ترك الكلب العقور على طريق المسلمين يحق انه يكون ضامنا

مسألة

قال ابو العباس رحمه الله تنصيصه في الرهن على ان من ارتهن ارضا فغصب عليها انه لا يضمنها للراهن دليل على انه لا يضمن العقار بالغصب وبه قال ابو حنيفة ووجهه انه لو ضمن لضمن للبد او منع مالكه ولا يضمن لمنع مالك لانه لو حبسه لم يضمن املاكه واليد تقتضي النقل والتحويل وذلك لا يتأتى في العقار وليست تبديل اليد في الغصب كتبديل اليد في البيع لان التخلية في البيع تسليم والتخلية والتسليم ليسا بغصب فلا بد من النقل

كتاب الهبات والصدقات

كذا

باب القول فيما يجوز من الهبة وما لا يجوز

كل ما جاز بيعه جازت هبته وما لم يجز بيعه لم تجز هبته الغرض بهذا بيان
ان الهبة تتضمن معنى البيع الا انها لا تتضمن بمجردها العوض فكل ما جاز بيعه
جازت هبته وان كان فيما لم يجز بيعه ما يجوز هبته لامر يرجع الى العوض كبيع
الكلب وبيع لحوم الاضاحي يبين ما قلنا ان البيع يتضمن نقل الملك عن مالكه
الى غيره باختيارهما او اختيار من يقوم مقامهما وهكذا الهبة لان الملك ينتقل
في البيع بالعوض وينتقل في الهبة بغير عوض فما جاز لاجل العوض فيه جازت
هبته كما يجوز بيعه وجاز بيعه كما تجوز هبته **مسألة**
قال ولا تجوز هبة المجهول وهذا مما لا اعرف فيه خلافا لانه تقرير الملك
ونقله عن مالك قبله الى مالك سواه كالبيع فما لم يكن معلوما بحيث لا
يلتبس بغيره لا يصح ذلك فيه كالاجارات والمناكح واموال الشركة والبيوع
وهذا واجب في جميع ما ذكرناه ليصح تناول العقد وتفريق الحق فيه
ما اوجب انتقال الملك وما لم يوجب مما ذكرناه فكذلك الهبة اذ هي مما يوجب
انتقال الملك فكان ما ذكرناه من وجوب كونه معلوما وقد روى زيد
بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام انه قال لا تجوز هبة
ولا صدقة الا ان تكون معلومة مقبوضة **مسألة** قال
واذا وهب رجل لرجل شيئا معلوما جازت الهبة وان لم يقبضه الموهوب
له اذا قبله فان لم يقبل بطلت الهبة وهذا قول القاسم عليه السلام
والمحكي عن مالك وكذا القول في الصدقة وحكى ابو الحسن الكرخي عن ابن ابي
ليلى صحة الصدقة وان لم تكن مقبوضة وعند عامة العلماء لا يصح الا
بالقبض ويدل على عدم اشتراط القبض قوله تعالى اوفوا بالعقود وعقد
الهبة اذا جرى من جملة العقود فيجب [...] وقوله
صلى الله عليه وآله وسلم العائد في هبته كالعائد في قيئه ولم يشترط
القبض فاستمر ذلك في المقبوض عليه وغير المقبوض وعن علي عليه السلام
الرجل اولى بهبته ما لم يثب منها ولم يشترط القبض والاخبار الواردة

في العموم عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وعن علي ليس فيها ذكر القبض
فكل ذلك دال على صحة الهبة وإن لم يجر فيها القبض **فإن قيل**
روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال ما لك من مالك إلا ما أكلت
فأفنيت أو لبست فأبليت أو تصدقت فأمضيت فلم يتمم الصدقة إلا بالإمضاء
وهو الإقباض والتسليم **قيل** له ليس الإمضاء من الإقباض
في شيء لأن الإمضاء هو أن لا يتعقبه بالفسخ والإرتجاع ألا ترى أنه
لو وهب وأقبض ثم رجع فاسترد ما وهب صح أن يقال إنه لم يمض هبته
وإن كان الإقباض قد حصل وهكذا إن باع واشترط الخيار ثم أبطل الخيار صح
أن يقال أمضى بيعه وإن لم يكن حصل القبض فأبطل تعلقهم بالخبر **فإن قيل**
روي عن أبي بكر أنه قال لعائشة إني كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً وإنك
لم تكوني حزتيه وقبضتيه وإنما هو مال الوارث **قيل** له يجوز
أن يكون أراد لم تكوني ملكتيه بالقبول ولا قبضتيه فعبر عن التمليك بالقبول
بالحوز لأنه لا يمتنع أن يقال لمن ملك الشيء أنه حازه وإن لم يكن قبضه
يدل على ذلك أن الحوز لو كان المراد به القبض لم يكن لتكريره لفظ القبض
معنى على أن يحيى عليه السلام ذكر عن علي إجازة هبة غير مقبوضة ح
فإن قيل روى زيد بن علي عن علي عليهم السلام لا تجوز هبة
ولا صدقة حتى تكون معلومة مقبوضة **قيل** له قد أجمعوا على أن القبض
ليس بصفة للهبة حتى تبطل ببطلان القبض كالرهن فلا بد من تأويل فنقول
معناه أن تكون معلومة حتى تكون في حكم المقبوض كما قال الله تعالى والأرض
جميعاً قبضته يوم القيامة أي أحاط بها علماً وحكماً حتى يكون موافقاً لما
ذكره عنه يحيى عليه السلام ويدل على ذلك أنه عقد تمليك فيجب أن يصح
من غير قبض دليله البيع والإجارة والنكاح والخلع والوصية بت
فإن قيل الوصية لما كانت تبرعاً احتاجت إلى شيء سوى القول
فهكذا الهبة **قيل** له الوصية صحت بغير القبض فكذلك الهبة
ومعنى قولهم لا تصح الوصية أي لا يصح التمليك بها بمجرد القول على أن الصدقة
قد تكون غير تبرع فإنهم لم يفصلوا بينها وبين ما كان تبرعاً في إيجاب القبض ح

فان قيل ان هذه العلة لا معنى لها فاما القبول فلا خلاف في وجوبه والعقود
لا تتم الا بالقبول والايجاب وابطال اصحابنا الهبة اذا لم تقبل يدل على صح
الخصم بمراعاة المجلس لان المجلس لو لم يراع فيه لم تبطل الى ان يقع الفسخ
ووجهه انه عقد تمليك مفتقر الى الايجاب والقبول فوجب ان يراعى فيه
في صحته المجلس دليله سائر العقود قال ولا فصل بين ان يكون الموهوب
معلوما بنفسه او محدودا وهذا يرتبط بالعقارات لانها يصح بيعها اذا
كانت معلومة بعينها او بحدودها وكذلك الهبة وانما الغرض صحة
تمييزها عما سواها وذلك يصح اذا علمت بعينها او بحدودها فاما ما يتاتى
فيه النقل فيجب ان يكون معلوما بعينه لانه لا يعرف بذكر الحدود اذ لا
حدود له **مسئلة** قال ولو ان رجلا وهب شيئا لمملوك غيره فقبله
المملوك جازت الهبة وكان الشيء ملكا لمالك العبد وان ابى العبد قبوله بطلت
الهبة ولا معتبر بقبول سيد العبد حكى ابو الحسن الكرخي هذا القول
مطلقا ولم يحك عنه خلافا فلا ادري اهو قول جميعهم او فيه خلاف
ووجهه ان الموهوب له هو العبد وان ابى العبد قبوله بطلت الهبة فيجب
ان يكون القبول اليه كما ان العبد اذا كان هو البائع او المشتري فيجب ان
يكون الايجاب والقبول من جهته وان كان الملك ينتقل الى سيده فكذلك
الهبة وهذا كالوكيل يجب ان يكون القبول والايجاب اليه وان كان الملك
يصير للموكل والعلة في الجميع ان التصرف للمعقود عليه وان كان عن غيره
قال وكذلك ان اوصى لعبد غيره بوصية فقبلها العبد صحت الوصية وكان
الشيء لمالك العبد وان لم يقبلها بطلت ووجه هذه ما مضى في الاولى
مسئلة قال في المنتخب ولا يجوز لرجل ان يهب في دفعة
واحدة اكثر من ثلث ماله وهذا خلاف رواية الاحكام لان هذا قول
لا اعلم احدا قال به قبله ووجه هذا القول قول الله عز وجل ولا تجعل
يدك مغلولة الى عنقك ولا فنهى عز وجل عن الاسراف في الامساك
وفي الاعطاء فوجب القصد في ذلك وهو الثلث ليلحق جواز الوصية
به وعن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه نهى عن الوصية باكثر

من الثلث

من الثلث وقال والثلث كثير ولان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم
عالة يتكففون الناس فنهى عن اخراج ما زاد على الثلث لئلا يلحق الورثة ضرر
وسوء حال ولا فضل بين ان يذهب المال في حيوة الانسان او بعده
وفاته فيما يلحق الورثة من الضرر وسوء الحال وايضا قصرت الوصية على
الثلث لحق الورثة به لاان من لا وارث له تنفذ وصيته في جميع المال
فيجب ان تكون الهبة كذلك لحق الورثة وهذا القول يضعف لان المسلمين
اجمعوا على ان المرء اولى بجميع ماله في حال صحته وكثير من الصالحين اثروا
التخلي من اموالهم فلم ينكر منكر ولان في هذه الرواية ايضا اجازة هبة ما
يملك وليس على التدريج وذلك واحد في ما يلحق الورثة قال فان وهب ثلث
ماله وسلمه الى الموهوب كان له بعد ذلك ان يهب الثلث مما بقي وعلى هذا القول
يجب ان يكون القول في الباقي بعد ذلك كالقول فيما مضى حتى لا يبقى شيء
من المال فيعود الامر الى ان يكون جميع موهوبا فبان ان حكم الهبة حكم الوصية
قال ايضا في المنتخب وان وهب اكثر من الثلث كان له ان يرجع عنه فان لم
يرجع حتى هلك هو كان لورثته على الموهوب له الا العوض وجه ما ذكر في
الرجوع هو ما مضى فاذا كانت على العوض فيجب ان تصح الهبة لان الهبة على
العوض كالبيع عليها سيجي القول فيه **مسئلة** قال في المنتخب
لو ان رجلا وهب ثلث ماله لرجل ثم وهبه لآخر كان المال للاول وذلك
كالبيع اذا باع واحدا بعد واحد كان للاول فكذلك الهبة لانه تمليك
صحيح قال فان وهب ماله كله لرجل ثم وهب كله لآخر كانا شريكين في
الثلث وهذا لان الهبة الاولى لم تقع مقبولة على رواية المنتخب وكذا
الثانية فلما اراد تصحيح الهبة جعل لهما الثلث شريكين ومثل هذا من رواية

ينظر

المنتخب وهو ضعيف **مسئلة** قال فان وهب ماله كله لرجل
على ان ينفق عليه حيا كانت الهبة باطلة وللمنفق ما انفق وذلك لجهالة
العوض كالبيع واذا كان العوض مجهولا وجب فساد الهبة كفساد البيع لجهالة
الثمن لان العوض فيها كالثمن في المبيع وللمنفق ان يرجع بما انفق لانه
لم يتبرع كما ان المشتري لو اعطى بعض ثمن مجهول كان له ان يرجع

بما اعطى اذا ابطل البيع **قال** وكذلك اذا استأجره بماله او ثلث ماله
على ان يخدمه حتى يموت كانت الاجارة باطلة وان خدم اجرة مثله وذلك
انه استأجره لامر مجهول ففسدت الاجارة وكانت لمن خدم اجرة
مثله لان ذلك حكم الاجير في الاجارة الفاسدة على ما سلف القول فيه
في كتاب الاجارة **مسألة ١٠** قال ولو ان رجلا ورث آخر
فلم يطلب الميراث حتى مات كان لورثته ان يطلبوا الا ان يكون الذي
ورث قد وهب نصيبه من الارث هبة صحيحة للموهوب بعينه وهذا
ما لا خلاف فيه لان الارث صار حقا للوارث وملكا له وملكه لا يبطل بالكف
عن طلبه **مسألة ١١** ولو ان رجلا وهب لرجل هبة لا يجوز
له الرجوع فيها ثم باعه كان للموهوب له ان يأخذه من المشتري ويرجع المشتري
بالثمن على البائع وذلك ان الهبة صارت ملكا للموهوب ملكا لا يتأتى فيها الفسخ
فوجب ان يكون حكمها حكم سائر املاكه في انها اذا بيعت بغير رضاه كان له
ان يأخذها من المشتري وكان للمشتري الرجوع على البائع بالثمن فان وهب
هبة يجوز له الرجوع فيها ثم باعها جاز البيع وذلك ان الرجوع فيها اذا كان
جائزا كان بيعه رجوعا فوجب ان يصح وهذا يدل على ان الرجوع يصح
بغير حكم الحاكم كالرجوع عن الوصية والرجوع عن التدبير حيث يجوز
الرجوع وعند ابي حنيفة لا يرجع الا بحكم الحاكم او تسليم الموهوب له
كالشفعة لانهما يقتضيان نقل الملك عن مالك الى مالك وهذا القول ليس
ببعيد بل هو الاقرب عندي والله اعلم **قال** وان استحق الموهوب لم يرجع
الموهوب له على الواهب بسبيل لانه لم يأخذ شيئا في مقابلتها فان كانت
على عوض رجع بالعوض لانها كالثمن كما ان المشتري يرجع بالثمن على البائع
اذا استحق المبيع **مسألة ١٢** قال ويكره ان لا يسوي بين اولاده
في الهبة الا ان يكون فيهم من بره اكثر فتكون الزيادة مكافأة له على
بره والاصل فيه حديث النعمان بن بشير ان اباه نحله غلاما فانطلق
بها الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يشهده فقال له اكل ولدك
نحلته فقال لا فامتنع وقال صلى الله عليه وآله وسلم في بعض الاخبار

ان تجمعه وفي بعضها اشهد عليه غيري وفي بعضها اني لا اشهد الا على حق
فدل ذلك على ما قلنا لامرين انه لا يجوز الا التسوية بين الاولاد الا على الوجه
الذي قلناه وان تلك الزيادة لا تكون ابتدا الفعله وانما تكون مكافاة على جميل
افعاله واختلفوا في التسوية فذهب ابو يوسف الى انه يجب ان يسوي
بين الذكر والانثى في العطية وقال محمد يجب ان يسوي بينهم على قدر مواريثهم
للذكر مثل حظ الانثيين ولا نص ليحيى عليه السلام في هذا الا ان مسائله
تدل على ان التسوية بحسب المواريث كما ذهب اليه محمد وجهه انه لو مات لاجل
لاستحقوا المال على هذا السبيل وكان يكون ذلك هو العدل في القسمة بينهم
فكذلك قبل الموت **فان قيل** قوله صلى الله عليه وسلم سواء وقوله
اعطيت كلهم مثل الذي اعطيت النعمان من غير السؤال عن الذكر والانثى
يدل على التسوية **قيل** له الكل سواء وفي بعض الاخبار الرجوع
اشارة الى الذكور وعليه خرج الكلام ويحتمل ان يكون صلى الله
عليه وآله وسلم اراد هل اعطيت كلا مما يكون تسوية بينهم ثم يكون الرجوع
في التسوية الى الدلالة **فان قيل** روي عن ابن عباس قال
قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ساووا بين اولادكم في العطية
فلو كنت مفضلا لفضلت البنات فلم يفرق بين الذكر والانثى في المساواة
قيل له الجواب عن هذا ما تقدم من ان هذا يقتضي التسوية والمرجع
في التسوية الى الدلالة **مسألة** قال فان وهب لبعضهم
اكثر مما يجب للآخر لا على طريق المكافاة جازت الهبة الى الثلث ولم تجز
فوقها هذه رواية المنتخب ومبني على ان الانسان لا يهب اكثر من الثلث في
صحته كما لا يهب في مرضه فاما في الاحكام فانه ذكر انه لا يجوز الا التسوية
ولم يذكر كيف يكون حاله لو فاضل بينهم الا ان يكون كلامه هذا يدل
على انه لو فعل لم يجب ان ينقض لان الرواية التي يتحمل بها هي رواية
الاحكام في ان الصحيح يهب من ماله ما شاء وان حكم الثلث وحكم الجميع سواء
فاذا نص هو في المنتخب على ان المفاضلة تصح في الجميع اذا فعلها وانما يكره
له ذلك ويؤمر فيما بينه وبين الله عز وجل بالمساواة بينهم وبه قال ابو حنيفة

واصحابه والشافعي وحكي عن قوم متقدمين من اصحاب الحديث مثل ابن راهويه
ومن جرى مجراه ابطال ذلك فانهم تعلقوا بالروايات التي وردت في قضية
النعمان ووجه ما ذهبنا اليه انه ليس في شيء من هذه الالفاظ المروية ما يدل
على ان الهبة على جهة المفاضلة لا تستقر ولا تقع وانما يدل الجميع على كراهية
ذلك والمنع منه لان قوله صلى الله عليه وآله وسلم ارجعه يدل على
انه امره بالرجوع فيها ولا يصح الرجوع فيها الا وهي ثابتة مستقرة وقوله
ايضا اردده يدل على ذلك ويحتمل ان يكون اراد اردد هذا الرأي فقد وردت
في بعض الاخبار ان بشيرا لم يكن اوقع الهبة وانما اراد ايقاعها فقصد
رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقص عليه فمنعه من ابتدائها وذلك
ما رواه الطحاوي في شرح الآثار عن ابي الزبير عن جابر قال قالت امرأة بشير
لبشير انحل ابني غلامك هذا واشهد لي رسول الله صلى الله عليه وآله
وسلم فاتى النبي وحكى قولها وحججه فقال صلى الله عليه وآله وسلم
اله اخوة قال نعم قال افكلهم اعطيته قال لا قال فان هذا لا يصلح واني
لا اشهد الا على حق فدل ذلك على ان الهبة لم تكن وقعت بعد و
وقوله ايضا صلى الله عليه وآله وسلم اشهد على هذا غيري يدل على
اجازة ما فعل لانه لم يقل هذه الهبة باطل وانما قال اشهد على هذه
الهبة غيري فقد كان يامر غيره بالصلوة على من عليه دين ولا يصلي
هو بنفسه تغليظا لامر الدين كذلك هذه المسئلة وما روي لا اشهد على
جور ليس بالكثير في الروايات فاذا ثبت فيحتمل ان يكون اراد الميل عن
الطريقة كما يقال جار السهم وفي بعض الاخبار انه قال ايسرك ان يكونوا
لك في البر سواء قال نعم قال فاشهد على هذه غيري على ان الغرض بما قال
ان يتساووا في البر اذا ساوى بينهم في العطاء فيكون ذلك ندبا وارشادا
الى الاجمل وقد ثبت عن عدة من الصحابة انهم فاضلوا بين اولادهم في
العطايا ولم ينكر ذلك احد منهم فدل ذلك على ما قلنا لاح

باب القول في رجوع الواهب في الهبة

من وهب ماله كله جاز له الرجوع في ثلثيه فان لم يرجع حتى استهلك الموهوب له ما وهبه لم يرجع الواهب عليه بشيء هذه رواية ابن المنتخب وقال في الاحكام الصحيح ان يهب من ماله ما يشاء وهذه المسئلة قد مضى الكلام فيها في الباب الاول وقد ذكرنا ان الصحيح الذي نذهب اليه هو ما ذكرناه في الاحكام وبينا وجهه فلا غرض في اعادته **مسئلة** قال والمريض الذي يخاف عليه ليس له ان يهب اكثر من الثلث الا باجازة الورثة اما الصحيح فقد بينا حاله في الهبة واما المريض فنشرح حاله في كتاب الوصايا ونبين الفصل بين المرض المبيح وغيره **مسئلة** قال ومن وهب شيئا ابتغاء وجه الله او صلة للرحم لم يرجع فيه الا ان يكون الموهوب له ولدا صغيرا فله ان يرجع فيما وهب له وحكي عن مالك ان للاب ان يرجع فيما وهب لابنه حتى يتزوج وهذا قريب مما قلناه والاصل في هذا لحديث النعمان لان الاخبار دلت على انه قد كان وهب فامره صلى الله عليه وآله وسلم بالرجوع فيها وردها بقوله صلى الله عليه وآله وسلم فارتجعه وبقوله فاردده ودل بقوله اشهد غيري على ان امره بالرجوع على سبيل الندب وان الهبة قد كانت ثابتة وان الرجوع فيها يصح وذلك انهم قد اجمعوا على ان الرجوع في الصدقة لا يجوز ولا احفظ في ذلك خلافا والصدقة منها تطوع ومنها واجب والتطوع هو ما يتقرب به الى الله عز وجل ويوصل به الرحم من غير وجوب ذلك وهذا القبيل من الصدقة يحل للغني ولبني هاشم والهبة للاولاد من هذه الجملة فلما ثبت تحريم الرجوع في الصدقة وان كانت متطوعا بها قلنا بعمومها وخصصنا الصغير برجوع الوالد عليه لحديث النعمان وعلى هذا يحمل ما روي لا يحل للواهب ان يرجع فيما وهب الا الوالد فيما وهب لابنه ويحتمل ان يكون الوجه في ذلك ما عرف من شفقة الاباء خصوصا على اصاغر الابناء وانهم لا يتصرفون عليهم مما يضرهم في مجرى العادة الا فيما لا بد منه فخصوا ذلك بهذه الاحوال ولما لهم من الولاية الثابتة عليهم التي هي اقوى الولايات وما بينا من الهبة لذوي الارحام

في معنى الصدقة دليل على أنه لا يجوز الرجوع فيما وهب لهم ويدل
على أن كل عطا يتقرب به إلى الله تعالى يكون صدقة ما حكى الله عز وجل عن
أولاد يعقوب وتصدق علينا ولم يكونوا فقراء وإنما أعطى على سبيل التقرب
إلى الله عز وجل وروي أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم
فقال يا رسول الله أعطيت أمي حديقة وماتت ولا وارث لها غيري
فقال وجبت صدقتك ورجعت إليك حديقتك

مسألة

قال وإن وهب لغيره ما ذكرنا كان له أن يرجع ما دام قائماً بعينه ويحرم
يعلم باستهلاكه فإن لم يرجع حتى يعلم باستهلاكه فليس له أن
يرجع بعد ذلك والأصل في جواز الرجوع في الهبة تشبيه النبي
صلى الله عليه وآله وسلم الراجع في هبته بالكلب يقيء ثم يرجع فيه
وذلك أنه شبه الرجوع في الهبة بأمر مستقبح مستكره وليس بحرام
على فاعله لأن عود الكلب فيه مستقبح وليس بحرام على الكلب فعلم أن
الرجوع في الهبة مستقبح وليس بحرام على الراجع **فإن قيل**
روي ذلك بغير ذكر الكلب الراجع في هبته كالعائد في قيئه **قيل**
له أكثر الأخبار واردة بذكر الكلب ولعل بعض الرواة حذف
ذكر الكلب اختصاراً على أن الزيادات في الأخبار مقبولة ومن حكمها
أن تضاف إلى غيرها مما ليست فيها تلك الزيادة حتى تكون كالخبر الواحد
والمعنى واحد في مثل هذه المواضع ليصح التشبيه ولا يشبه الحرام بالحلال
ولا الحلال بالحرام لأن ذلك يتدافع وروى الجصاص حديثاً عن عبد الله
بن عمر وقال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مثل الذي يسترد
ما وهب كمثل الكلب يقيء فيأكل قيئه فإذا استرد الواهب فليوقف وليعرف
بما استرد ثم ليدفع إليه ما وهب فدل هذا على صحة ما نذهب إليه
لأنه صلى الله عليه وآله وسلم بين أن الرجوع في الهبة مستقبح مكروه
وأن الرجوع مع ذلك صحيح يجب أن يمضي إذا طلبه الواهب وروي عن علي
عليه السلام أنه قال الواهب أولى بهبته ما لم يثب منها وروي نحوه عن
عمر وعن فضالة بن عبيد الأنصاري رواه عنه الطحاوي أنه استفتح

الرجوع واثبته في حديث ذكره وهو قول زيد بن علي عليهما السلام
قال زيد من وهب هبة فله ان يرجع فيها ما لم يكافئ عليها وكل هبة لله
او صدقة لله فليس لصاحبها ان يرجع فيها قال زيد من الهبة لله عز وجل
الهبة للأقارب المحارم على انا لو سلمنا ان الرجوع حرام لتشبيهه صلى الله
عليه وآله وسلم بالقيء كان لا يمنع ذلك صحة الرجوع لأن الغاية في ذلك
قد صح رجوعه في القيء وعود القيء اليه وقد لا يمتنع ان يكون الفعل حراما
فاذا وقع وقع موقع الصحيح كالبيع عند الاذان للجمعة والطلاق في الحيض
ووجه قولنا انه يرجع فيها ما دام الشيء قائما بعينه وحتى يعلم باستهلاكه
فان علم باستهلاكه ولم يرجع بطل الرجوع بعد ذلك لأنه يريد نقل
ملك المشتري عنه الى البائع بحق له وهو كونه واهبا لذلك الشيء كما ان
الشفيع يريد نقل ملك المشتري اليه بحق هو له وهو الشركة او
المجاورة فكما انه لا بد للشفيع من امر يضيق عليه الطلب حتى يفوت ان لم
يطلب عند ذلك الامر وهو علمه بحصول البيع كذلك لا بد من امر يضيق
عليه الطلب حتى يفوت ان لم يطلب ذلك الامر للعلة التي ذكرناها وهي
انه يريد نقل ملك الغير الى نفسه بحق هو له وليس هنا امر يضيق عليه
الطلب الا العلم بالاستهلاك فوجب ان يكون هو قياسا على الشفيع
فان قيل الشفيع لا يمكنه الطلب قبل العلم بالبيع
والواهب امكنه الرجوع قبل العلم بالهلاك **قيل** له هب ان هذا
الفرق صحيح فما فيه ما يمنع قياسنا على ان الشفيع امكنه الطلب ايضا
بخبر لا يغلب في ظنه انه صدق او بامارة تظهر من دون خبر يمنع عليه
ومع هذا لا يضيق عليه الطلب حتى يحصل العلم بالبيع او ما يجري مجراه
من الظن فكذلك ما ذهبنا اليه وعند ابي حنيفة حتى يخبر الشفيع عدل
او عدلان **فصل** اجمعوا على ان ذوي الارحام المحارم
لهم تخصيص بوجوب الصلة لان لهم ضربا من التخصيص من دون غيرهم
وهو التحريم وقال يحيى في المراة تهب لزوجها ما اخذته صداقا منه فليس
لها الرجوع فيه ان كانت فعلت ذلك صلة للرحم ان كانت بينهما فدل

بالاستهلاك

فدل ذلك من مذهبه على انه لا يقتصر بذلك على ذي الارحام المحارم
فوجب ان يكون مذهبه مجاوزة ذلك الى الذين يلونهم بدرجة وهم اولاد
الاعمام واولاد العمات واولاد الاخوال واولاد الخالات لان لهم ضربا
من التخصيص وليس ذلك لمن وراءهم الا ترى انا لو اعتبرنا ما ذكرنا لا يجب
جميع الاقارب من غير تخصيص ولا تخصيص غير ما ذكرنا الا وجهه
ان الله تعالى خص هؤلاء ضربا من التخصيص فقال يا ايها النبي
انا احللنا لك ازواجك اللاتي آتيت اجورهن الى قوله وبنات خالاتك اللاتي
ثم قال وامراة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي فعم الازواج وخصصهن
ثم قال ما يجري مجرى العموم وامراة مؤمنة واشار الى النساء اجمع
بشروط الايمان فجعل لهؤلاء ضربا من التخصيص في الحقوق الشفقة
كما لذوي الارحام المحارم ثلاثة فاما الزوجات فليست زوجيتهما في باب
التواهب بينهما جارية مجرى الرحم عند يحيى عليه السلام وهي تجري

كذا

مجرى الرحم عند ابي حنيفة ووجهه ان ما بينهما من جهة السبب لا من
جهة النسب فاشبه الولاء والولاء لا ينقطع ولا ينبدل وليست الزوجية
كذلك فانها تنقطع وتتبدل وايضا قول الله عز وجل والذين يصلون
ما امر الله به ان يوصل وايتاء ذي القربى لم يحمل احد من المفسرين
على الزوجين وكل حمله على ذوي الارحام فوجب ان تكون الزوجية
في هذا الباب كالولاء في جواز الرجوع في الهبة معها قال فان وهب على العوض
طالب بالعوض ان كان معلوما وان كان مجهولا فالهبة فاسدة يرجع فيها ما دامت
قائمة بعينها او في قيمتها بعد استهلاكها قد ثبت ان الهبة على العوض جارية
مجرى البيع لذلك اوجبنا فيها الشفعة وان العوض كالثمن وكما ان للبائع ان
يطالب المشتري بالثمن كان للواهب ان يطالب الموهوب له بالعوض ان كان معلوما
فان كان مجهولا فيجب ان تكون الهبة فاسدة كفساد البيع بجهالة الثمن
فاذا فسدت الهبة كان للواهب الرجوع فيها ان كانت قائمة او في قيمتها ان كانت
تالفة كما يجوز للبائع بيعا فاسدا ان يرجع في المبيع وينقضه ان كان
المبيع قائما او في قيمته ان كان تالفا مسئلة (١١) وكل من وهب

وهب دينا له كان على رجل لم يجز له الرجوع الا ان يهبه على عوض مجهول فله الرجوع فيه نحو يحيى وذلك ان الدين في حكم المستهلك لانه ليس بعين قائمة وانما هو شيء في الذمة فليس له الرجوع فيه لان ما صح الرجوع فيه لقيام عينه يبطل الرجوع اذا علم باستهلاكه ثم لم يطلب في الحال على ما سلف القول فيه فاولى ان لا يثبت حق الرجوع فيما هو بعوض الهبة في حكم المستهلك وقلنا الا ان يكون على عوض مجهول لانه يصير في حكم البيع كما ان من باع شيئا في ذمته بثمن مجهول يكون البيع فاسدا كذلك من وهب شيئا في ذمته بعوض مجهول كانت الهبة فاسدة

مسألة

قال وكل من وهب شيئا في ذمته فلم يقبله الموهوب له كانت الهبة فاسدة وجاز للواهب الرجوع فيه وكذلك الصدقة قد بينا فيما سلف ان عقد الهبة يفتقر الى الايجاب والقبول كالبيع وذلك على تحقيقه بالادلة في اعادته وكذا الصدقة ولا يمتنع ان يكون القبض يجري مجرى القبول خصوصا في الصدقة فان العرف بين المسلمين جار بذلك والتعامل به دائم

قال وما تصدق به على الصغير انتظر بلوغه فان قبل بعد البلوغ جاز وان لم يقبله لم يكن له وهذا يجب ان يكون المراد به اذا قبل عنه من ليس بولي لانه اذا لم يكن قابل اصلا لم تنعقد الهبة اصلا لان العقد لا يقف كما نقول ذلك في البيع والنكاح فاذا قبله انعقدت ووقفت وتكون باقية على ملك الواهب الى ان يبلغ الصغير فيجوز القبول هذا معنى قوله يقبله او يفسخه فتبطل الهبة فان قبل وليه جاز قبوله عليه وذلك كما يجوز قبول سائر عقوده كالبيع والاجارة

مسألة

قال ومن وهب شيئا لا يجوز للواهب الرجوع فيه ثم مات الموهوب له كان لورثته ولم يرجع الواهب ولا ورثته على ورثة الموهوب له هذا لا خلاف فيه لان ملك الموهوب له قد استقر فجرى مجرى سائر املاكه قال وكذلك ان مات قبل ان يقبض ما وهب له لم يرجع الواهب فيه وذلك انا قد بينا ان القبض ليس بشرط لاستقرار الهبة بالكلية وهو جار في هذا الباب مجرى البيع قال ومن تصدق بصدقة فانه لم يجز له الرجوع فيها

سوى نتصدق بها على صغير او كبير قريب او بعيد وهذا قد مضى
القول فيه ولا نحتاج الى اعادته ههنا والله اعلم واحكم بالصواب

باب القول في العمرى والرقبى

العمرى والرقبى تجريان مجرى الهبة ان لم يقيد بوقت فاذا قال رجل لرجل
قد اعمرتك جاريتي هذه او داري هذه او غيرهما كان ذلك بمنزلة الهبة
قول ابي حنيفة ان العمرى بمنزلة الهبة وان الرقبى باطلة وقد قال الطحاوي
ولعل المرجع بالعبارتين واحد وحكى عن ابي يوسف ان الرجل اذا قال لك
داري هذه رقبى انها هبة ويبطل قوله رقبى والشافعي اختلف قوله
فحكى عنه انه قال في القديم انه يكون حيوته له ثم يرجع الى المعمر وحكى ذلك
عن مالك وحكى ايضا عن الشافعي في الجديد ان ذلك عطية صحيحة
وذكر ايضا ان الرقبى صحيحة وهي ان يقول هي لك فان مت قبلي رجعت
الي وان مت قبلك كانت لك فالشرط باطل والعطية صحيحة وهذا
قريب من قول ابي يوسف وتحصيل مذهب يحيى عليه السلام ان العمرى
والرقبى بمنزلة واحدة اذا اطلقتا ولم تقيدا بوقت كانتا بمنزلة الهبة
الصحيحة واذا قيدتا بوقت كانتا بمنزلة العارية ودل كلام الناصر على انه
يجعل العمرى المطلقة راجعة الى من اعمرها وان ذكر العقب كانت بعد المعمر لورثته

واعلم ان العمرى في اللغة مشتقة من العمر ويجوز ان يكون من المعمر
نفسه كانه عبر عن البقا بالعمر كانه قال هذه الدار او الجارية لك ما بقيت
ولفظة الرقبى يجوز ان يكون مشتقة من الترقب لان كل واحد منهما
يترقب موت صاحبه ويجوز ان تكون مشتقة من الرقبة كانه يقول قد جعلت
رقبته لك فلما احتملت هذه الوجوه لم نحملها على اللغة ورجعنا الى قضية
الشرع فيهما وقلنا بوجوب من انهما يقتضيان الهبة الا ان الهبة تنصرف
تارة الى الاعيان وتارة تنصرف الى المنافع والعين تكون كالعارية فكان
الاصل فيهما الحديث المشهور رواه الطحاوي في شرح الآثار
وعنه ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لا تعمروا ولا ترقبوا

القول في العمرى والرقبى

فمن اعمر شيئاً او ارقبه فهو للوارث اذا مات فلم يفصل بين العمرى
والرقبى فاجراهما مجرى واحداً وهو نص قول يحيى بن الحسين خلاف ما
ذهب اليه ابو حنيفة من التفرقة بينهما وهذا الحديث رواه ابن جريج
عن عطاء عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ودل هذا
الخبر على انهما اذا اطلقتا كانتا هبة باتة وروى الطحاوي عن ابي سلمة عن
جابر ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال ايما رجل اعمر عمرى له
ولعقبه فانها للذي يعطاها لانه اعطى عطاء اوقعت فيه المواريث على انها
قد تكون على غير هذا الوجه فصرح بذلك ما ذهبنا اليه من انها اذا اطلقت
كانت هبة واذا قيدت بوقت كانت عارية لانها لو كانت هبة على كل وجه
وقعت لم يكن لتعليله معنى اذا كان يكون وجود العلة وعدمها سواء ثم سائر
الاخبار الواردة في العمرى وردت مطلقة منها حديث زيد بن ثابت ان
النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل العمرى ميراثاً وهذا هو ما نذهب اليه
اذا كانت مطلقة وعن ابي سلمة عن جابر بن عبد الله قال قال لي رسول
الله صلى الله عليه وآله وسلم العمرى جائزة لمن وهبت له **فان قيل**
روي عن جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى في
امراة من الانصار واعطاها ابنها حديقة نخل فماتت فقال ابنها اعطيتها حياتها
فقال هي لها حياتها وموتها قال فاني كنت تصدقت بها عليها فقال فذلك
ابعد ذلك فابطل صلى الله عليه وآله وسلم الشرط **قيل**
لا يجب ان يكون ابطل الشرط لان الابن حاول ابانة بمجرد الدعوى وكان
الظاهر انه اعطى عطاء مطلقاً ليكون ذلك موافقاً لقوله المشهور صلى الله
عليه وآله وسلم المسلمون عند شروطهم على انا لا نمنع ان تكون الهبة اذا لم
تكن بلفظ العمرى لم يثبت شرط التوقيت فيها مع على ان من قول ابي حنيفة
ان الرجل اذا قال داري لك عمري عارية او سكنى كان ذلك عارية فنقيس
عليه عمره قوله لك عمري لوقت كذا والعلة انه لم يتمحض العمرى بل عدل بها
الى صفة الهبة قال ويكره ان كانت العمرى جارية او الرقبى ان يطأها
المعمر او المرقب حتى تثبت ويتيقن ان ذلك غير موقت وذلك لما بينا

قد التعليل صلى الله عليه وآله وسلم بانه اعطى عطاء اوقعت فيه المواريث على انها

العمامع التوقيت يكون عارية فيكره الاقدام على الوطء مع الشبهة حتى
يحصل اليقين **مسألة** قال ولو ان رجلا اعمر رجلا جارية عمرى مطلقة
ثم ادعى انه اعمرها الى وقت وجبت البينة واليمين على المعمر وذلك ان الظاهر
فيها الاطلاق والاسم تام فان ادعى المعمر وقتا لم يظهر فعليه البينة وعلى
المنكر اليمين **قال** واذا ثبت العمرى وكانت جارية لم يكره حينئذ وطؤها
وذلك انه قد استقر ملكه لها حكما **مسألة** قال ولو ان رجلا
قال لرجل قد اعمرتك جاريتي هذه عمري او عمرك كانت العمرى على ما شرطت لانها
عمرى مؤقتة وقد قال النبي صلى الله عليه وعلى آله المسلمون عند شروطهم
قال وان كانت العمرى جارية لم يحل للمعمر له ان يطاها لان الهبة
ليست صحيحة وذلك لما بينا من ان العمرى المؤقتة عارية وان العارية
المعارة لا يحل وطؤها لا خلاف فيه بين المسلمين **مسألة**
فان وطئها عالما بالتحريم لزمه الحد وان كان اولدها كان الولد مملوكا لسيد
الجارية وذلك ان الوطء اذا كان حراما عنده وعلم انه كذلك كان ذلك
زنى اذا لم يعرض هناك شبهة ولا يجعل الاختلاف فيه شبهة اذا لم
يعتبر ذلك أحد فان كلا اوجب حدا تاما على امر فيه خلاف فصح بالاجماع
ان وقوع الخلاف لا يوجب ان يكون الشيء شبهة اذا كان عند الفاعل انه
حرام ولم يكن هو ممن اشتبه عليه ذلك فصار الفعل زنا محضا وشرح
هذا في كتاب الحدود وقلنا ان الولد يكون مملوكا لسيد الجارية
لان النسب اذا لم يثبت لقوله صلى الله عليه وآله وسلم وللعاهر الحجر كان
عن زنى فوجب ان يكون مملوكا في حكم أمه **قال** وان وطئها لشبهة المعمر له
غير عالم بالتحريم سقط عنه الحد ولزمه قيمة ولده لسيد الامة ان كان اولدها
ويلزمه عقرها [illegible] لان الوطء اذا وقع عن شبهة الملك لم تجب الحدود
ووجب ان يثبت النسب ويلزم المعمر العقر كما يكون ذلك في الوطء الواقع عن شبهة
عقد النكاح لا خلاف فيه والزمناه قيمة الولد لانه في حكم المملوك لسيد
الامة لان الولد في باب الحرية والرق يكون في حكم الام ما لم يعرض امر يغير
ذلك والنسب ثابت وهو مع ذلك حر لكن لا يسقط حق سيد الامة

فوجب ان يلزمه قيمة الولد كما بيناه في ولد المغرور [فلنا] لا خلاف فيه

مسئلة قال واذا اعمر رجل رجلاً جارية عمراً مبهمة صحيحة وهات المعمر قبل ان يطأها كان لورثته من بعده ان يطأها وذلك لان الملك لا حرمة له ما لم يقع معه الوطء كعقد النكاح يكون له حرمة وان لم يقع الوطء فلذلك ابحناها للولد وهذا مما لا خلاف فيه **قال** وتجوز العمرى والرقبى في الضيعة والنخلة والجمل وغير ذلك منهما ومقيداً او ذلك ان المبهم من ذلك يكون هبة وهبة هذه الاشياء تصح ذلك بمعنى المنافع وذلك ايضاً يصح

باب ... في السكنى ...

العقد في السكنى

دفع عرصة ليبني فيها ويسكنها الى وقت معلوم فبناها وسكنها الى ذلك الوقت ثم طالبه الدافع بتفريغ العرصة حكم له عليه بنقض بنائه وتفريغ العرصة وذلك لقوله صلى الله عليه وآله العارية مؤداة وقوله على اليد ما اخذت حتى ترد وصاحب الارض معير فوجب ان يكون له الرجوع في العارية كما يرجع في سائر العواري لانه بعد المدة بمنزلة الغاصب وبمنزلة من وضع شيئاً في ارض غيره فيؤمر برفعه وتفريغ ملك الغير **قال** وان كان دفع العرصة اليه سكنى ولم يوقت له بوقت فبناها المدفوع اليه فطالبه الدافع بالعرصة قضى له على المدفوع اليه بذلك وقضي له بقيمة بنائه ان احب المدفوع اليه **اعلم** ان من دفع عرصة للسكنى واذن له في البنا فيها فانه لا يخلو من ان ياذن له في البناء موقتاً او غير موقت ولصاحب العرصة على الوجهين المطالبة بتفريغ العرصة وتسليمها اليه فان طالب بتفريغ الموقت قبل انقضاء المدة فانه يغرم قيمة بنائه ان شاء صاحب البناء وان شاء طالب بعد انقضاء المدة فلا غرامة عليه وياخذ بتفريغ عرصته وقلع ما عليها وان طالبه بتفريغ العرصة وقد اذن له في البناء مطلقاً غير موقت فان صاحب العرصة يغرم قيمة البناء ان شاء الباني قال ابو حنيفة لا يلزم البناء الاعلى ... وان ياذن له في البناء الى وقت ...

يطالبه برفع البناء قبل ذلك الوقت ولا يغرم في الوجهين الآخرين
وعن الشافعي انه يغرم في الوجوه الثلاثة الا ان يكون اشترط عليه القطع
والرفع في الموقت عند انقضاء الوقت وحكى مثل قولنا عن المزني انه يضمن
في وجهين من الثلاثة حصل الوفاق بين الجميع في ضمان وجه واحد وهو
اذا اعارها موقتا ثم طالب بذلك قبل انقضاء مضي الوقت ووجهه انه غره في البناء
والغرس وفي تبقيتهما الى المدة المضروبة فلما طالبه برفعها وجب ان يغرم
ما لزمه من الضرر بغروره اذا طالبه بذلك قبل انقضاء المدة كما يضمن البائع
عند الاستحقاق ما دخل بغروره وايضا لم يكن الباني من حين بنا الى حين طلب
بالنقض متعديا فوجب ان يضمن ما غرم فيه كما نقول في المشتري اذا بنى ولا شفيع
ان الشفيع اذا قام غرم قيمة بنائه فاذا ثبت ذلك لزم ذلك من اعاره
ثلثي مطلقة خلافا لما ذهب اليه ابو حنيفة من انه لا يغرم وذلك ان الاطلاق
يقتضي التابيد بظاهره فيكون الدوام حكمه مع الاطلاق حكم المدة المصرح به
مع التوقيت الا ترى ان من حلف الا يكلم زيدا شهرا يلزمه الحنث مع
كلامه في الشهر كما ان من حلف ان لا يكلمه واطلق يلزمه متى كلمه واذا ثبت ذلك
كان المعير اذا اطلق له البنا غير موقت كان قد غره في البناء وفي تبقيته على
الدوام ابدا فمتى طالبه برفع البناء لزمه ان يغرم قيمة بنائه قياسا على المسئلة
الاولى واستدلالا عليها كما استدللنا على المسئلة الاولى فاذا طالبه
برفع البناء عند انقضاء المدة في الاعارة الموقتة فانه لا يضمن قيمة البناء
خلافا لما ذهب اليه الشافعي لانه لم يغره لانه حين عرفه الوقت الذي تنقضي
فيه العارية ولانه بعد ذلك يكون متعديا وان لم يطالب صاحب العرصة
بالتفريغ لان الاذن له وقع الى غاية معلومة فليس له ان يشغلها بعد
ذلك الا باذن ثان فسبيله سبيل الغاصب في انه لا يغرم له المغصوب
منه قيمة بنائه وايضا حكي عن الشافعي انه لا يضمن ان كان شرط له الرفع بعد
المدة وهذا يمكننا ان نقيس عليه ما اختلفنا فيه بانقضاء مدة الاذن على ان
ذلك الشرط لا يفيد امرا لان الاذن لم يحصل الى مدة فبعد المدة الاذن يعود الامر فيه الى
الحظر الذي كان من قبل وانما يكون الشرط مؤكدا لانه يفيد امرا لم يكن في ذلك كقوله

وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود فوقعت الاباحة
الى هذا الوقت فكان ما بعده غاية الى الحظر الاول وقوله عز وجل ثم اتموا
الصيام الى الليل هو للتأكيد وعلى هذا لا تقربوهن حتى يطهرن لو جعلنا وظاهره
قلنا انها تحل عند انقضاء الحيض لكن دل الدليل على انه لا بد من التطهر بعد
ذلك قال وكذا القول ان اعاره جدارا ليبني عليه موقتا وغير موقت ووجهه
ما مضى في اعارة العرصة فلا غرض في اعادته **مسئلة** قال ولو
انه لما دفع اليه العرصة شرط ان لا يخرج منها هو وعقبه لم يجز له ان يخرجهم
منها الا بحدث يحدثونه في الاسلام فان احدثوا واراد الدافع او ورثته
اخراجهم غرم لهم قيمة بنائهم قوله لم يجز ان يخرجهم محمول على الكراهية
لانه اخلاف للوعد وتعريض للعار وعدول عن الوفاء فاما من طريق الحكم
فله ذلك لان المرء اولى بملكه من المعار لا خلاف فيه والكلام في غرامة
قيمته هو ما مضى فلا معنى لاعادته **مسئلة** قال ولو انه
لما دفع العرصة قال له ابنها لك سكنى الى ان تموت فبناها وسكنها ثم مات
الدافع لم يكن لورثته اخراجه منها ما دام حيا فاذا مات قضى على ورثة
المدفوع اليه لورثة الدافع بنقض بناء العرصة وهذا كالاول في المنع لورثة
الدافع من اخراجه على سبيل الكراهة لما بيناه وذلك ان الوارث يقوم
مقام المورث فيما له وعليه فيستحب لهم اتمام ما بدا لمورثهم فاذا مات
انتفت الكراهة لان مدة الاعارة قد استوفيت وهذا فيما زاد على
الثلث فاما مقدار الثلث فهو كالوصية له وليس للورثة ان ينقضوا بيت
مسئلة قال وان قال له ابنها واسكنها بالبناء فبناها ولم يسكنها
ومات قضى على ورثة المدفوع اليه بنقض البناء وكان النقض لهم وان
كان بناها وسكنها قليلا او كثيرا ثم مات كان البناء لصاحب العرصة
ان كان حيا ولورثته ان كان ميتا وان كان الدافع لم يشترط البناء كان
النقض لورثة المدفوع اليه اذا طولبوا بنقض بناء العرصة فقد مضى الكلام
في نقض بناء العرصة فاذا كان قال للباني اسكن بالبناء فرجع استحق عليه الاجرة
المثل لانه يجري مجرى الاجارة الفاسدة وقوله البناء لصاحب العرصة

بما سلّم الباني من ذلك على انه سلّمه عن اجرة المثل ان كانت الاجرة بلغته على سبيل الصلح ليكون ذلك على ما وقع العقد به والاصلاح لسواه

باب القول في الوقف

القول في الوقف

يجوز للرجل ان يقف ضيعته وداره وما يملكه من الحيوانات وغير ذلك على القريب والبعيد مؤبدا وغير مؤبد ومعنى قولنا مؤبدا وغير مؤبد هو ان الوقف يصح سوى ذكر المصرف فيه وجها يتأبد او لم يذكر وذكر وجها ينقطع فإن كان ذكر المصرف فيه وجها يتأبد فلا خلاف في صحته بين القائلين بصحة الوقف وان لم يذكر صح الوقف على ما نبينه ونبين الكلام في مصرفه ومن اصحابنا من ظن ان الشيء يكون وقفا مدة ثم يرجع الى المالك ملكا له وهذا غلط لأن الوقف اذا استقر لم يرجع ملكا بتة لما نبينه وذهب العلماء باجمعهم الى صحة الوقف غير ابي حنيفة فإنه يذهب الى انه لا يصح وان للواقف الرجوع ان شاء ولورثته بعده ان شاءوا والأصل فيه ما ثبت من الروايات المتظاهرة ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم وقف ويدل على ذلك ما روي عنه نحن معاشر الانبياء لا نورث ما تركناه صدقة فبين ان من شرعه وشرع غيره ممن مضى من الانبياء ان الارث لا يثبت وان ما تركوه على وجه الصدقة فدل ذلك على صحة الوقف **فان قيل** ما تنكرون ان يكون المراد به لا يورث بتة **قيل** له ما ذكرناه هو حقيقة اللفظ لأن الانسان الحر لا يورث وانما يورث ما تركه فنفي الارث عن المتروك على وجه الصدقة لأن ذلك لو لم يكن كذلك لكان الكلام يتم عند قوله لا نورث ما تركناه وكان يبقى قوله صدقة منفردا لا يتعلق به ما قبله وذلك اخراج له من الفائدة فصح ما قلناه **فان قيل** ما تنكرون على من قال ان الكلام تم عند قوله لا نورث وما بعده ابتداء وخبر **قيل** له هذا يكون مجازا لأن الحر لا يورث على ما بيناه وقوله صلى الله عليه وآله وسلم محمول على الحقيقة لا على المجاز على ان هذا التأويل بينا في قول الله عز وجل وورث

سليمان داود وقوله حاكيا عن زكريا يرثني ويرث من آل يعقوب وقوله تعالى
يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فصار ما تاولناه هو الصحيح وقد
اشتهر ان عليا عليه السلام وقف من ماله بينبع ووادي القرى وغيرهما وروى
زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام انه تصدق بها وكتب
كتابا فيه واشترط فيه لا يباع ولا يوهب ولا يورث انا حي او ميت الى آخر
ما ذكره وروي عن ابن عمر ان عمر اصاب ارضا بخيبر فاتى النبي صلى الله عليه وآله
وسلم فقال اني اصبت ارضا لم اصب مالا قط احسن منها فكيف تامرني قال ان
شئت حبست اصلها لا يباع ولا يوهب قال الراوي وهو ابو عاصم واراه قال
ولا يورث قال فتصدق بها في الفقراء والقربى الى آخر الحديث وعن ابن عمر ان عمر
استشار رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في مال له ذكر موضعه فقال له
صلى الله عليه وآله وسلم تصدق به يقسم ثمره ويحبس اصله لا يباع ولا
يوهب وروي ان عثمان اشترى بئرا ووقفها على جميع المسلمين وجعل دلوه
فيها كبعض دلاء المسلمين وعن عبد الرحمن بن عوف انه وقف فصار انكار الوقف
انكار الامر مشتهر لا يخفى على من نظر في الروايات **فان قيل**
روي عن شريح انه قال جاء محمد بمنع الحبس **قيل** له ما قدمناه اولى
من الاول لم يخرج ما اختلفنا فيه من عمومه لانه لا يجوز ان يريد بمنع النبي
صلى الله عليه وآله وسلم الحبس ثم يقول لعمر حبس الاصل لا يباع ولا
يوهب لان ذلك يتناقض فصح ما ذكرناه من التخصيص وعلى هذا يحمل
ما روي عن ابن عباس لا حبس بعد سورة النساء **فان قيل** لم يجوز
ان يكون روي ان عبد الله بن زيد الانصاري جعل حائطا له صدقة وجعله
الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فاتى ابواه النبي صلى الله عليه وآله
وسلم فجعلها لهما ثم ماتا فورثها **قيل** له يجوز ان يكون المراد ان النبي
صلى الله عليه وآله وسلم جعل غلتها لابويه ثم صرفها بعد ذلك الى الواقف
وذلك مما يجوز عندنا اذ ليس في الخبر انه صلى الله عليه وآله وسلم ملكهما ولا
انه ملكه بعد ابويه الاصل وان الحكم الوقف ليكون ذلك موافقا لسائر
ما ذكرناه ويجوز ان يكون معناه انه جعلها صدقة للفقراء لا على وجه الوقف

بل على جهة التمليك ثم ورثها بعد موتها عبد الله بن زيد كما روي أن رجلاً أعطى أمه
حديقة ثم ماتت أمه فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وجبت صدقتك
ورجعت إليك حديقتك حين عرف أنه لا وارث لها غيره ولا خلاف بين
المسلمين أن من جعل أرضه مسجداً يصلى فيه لم يجز له الرجوع فيه وكذلك من
جعل أرضه مقابر للمسلمين وأبو حنيفة قد أجاز الوقف في الوصية فيقاس
على ذلك جميع ما اختلفنا فيه بعلة أنه حبس للملك على وجه القربة وذلك
يبطل قولهم إن الوقف لا يصح لأنه إخراج الشيء عن ملكه لا إلى مالك وينتقض
العتق أيضاً لأن العتق إخراج العبد من ملك المالك لا إلى مالك سواء **فإن قيل**
في الأوقاف المروية عن الصحابة نحن لا ننكر أنهم قد وقفوا وأن الوقف جائز
وليس هذا موضع الخلاف والخلاف في الملك بحاله وأن الرجوع فيه صحيح متى
شاء الواقف أو ورثته وإمضاء جميع ذلك باختيار منهم لا يدل على أنهم كانوا
لا يستجيزون الرجوع **قيل** لهم قد ثبت أنهم اشترطوا لا يباع ولا يوهب
ولا يورث وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال لعمر حبس الأصل
قال لا يباع ولا يوهب فثبت أن ذلك هو الواجب وأن ما قاله من ذلك حكم لأنه لا يجوز
أن يكون خبراً لجواز أن يقع فيه الكذب ثم قد علمنا أن عامتهم ماتوا عن ورثة صغار
لا يجوز لهم المسامحة في إضاعة أملاكهم فلما لم تقع خصومتهم وأمضى الجميع على ما كان عليه
الوقف كان قد استقر وأنهم لم يملكوه لأنهم لو ملكوه ثم ضيع ملكهم وهم أطفال كان الذين
فعلوا ذلك قد أثموا فصح ما بيناه أن تلك الأوقاف أمضيت لأنهم لم يكونوا يستحلون
تغييرها وتبديلها فأما ما عدا العقار فقد اختلف في وقفه فلم يجزه أبو يوسف
ومحمد إلا في الخيل تحبس في سبيل الله فإنهما أجازاه وكذلك البقر والعبد يوقف
مع الضيعة لمصالحها وعمارتها فيكون ذلك وقفاً على سبيل التبع وإن كان لا يصح إفراده
بالوقف ويجوز عند الشافعي الوقف في الرقيق والماشية وغيرهما مما يمكن الانتفاع
بها مع بقاء عينها وهو مذهب أصحابنا والدليل على ذلك أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم
قال لعمر حبس أصلها وسبل ثمرها فأمر بتحبيس ما ينتفع به وأمر بتسبيل ما لا يكون
الانتفاع به إلا في الاستهلاك فصار ذلك أصلاً لما ذهبنا إليه فأما الخيل وتحبيسها
فهو مما لا يختلف فيه وروي ذلك عن علي عليه السلام وعن ابن عباس ولا يحفظ

فيه خلافاً عن احد من السلف ويدل على ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وآله
وسلم الخيل ثلاثة لرجل اجر ولرجل ستر وعلى آخر وزر فاما الذي له اجر فالذي
يحمل عليها في سبيل الله وعمومه يقتضي جواز حبسها للحمل عليها في سبيل الله فصح
وروي عنه صلى الله عليه وآله وسلم انه قال اما خالد فقد حبس ادراعه وافراسه
في سبيل الله فصح الوقف في الدرع والفرس واما وقف المصاحف والكتب
فقد اشتهر بين المسلمين لا يتناكرونه ولا يردون شيئاً منها على الاطفال من ورثة
الواقف فصار ذلك اجماعاً منهم فثبت بهذه الجملة صحة ما قلناه فاما جوازه غيره فوجه
فسيجيء القول فيه **مسألة** قال فكل من وقف شيئاً من ذلك وقفاً مطلقا
لم يجز له ان يرجع فيه ولا ان يبيعه ولا ان يهبه سواء اخرجه من يده او لم يخرجه
قد مضى الكلام في انه لا يصح الرجوع فيه ولا البيع ولا الهبة فلا معنى لاعادته
وذهب ابو يوسف والشافعي الى ان الوقف يصح وان لم يخرجه الواقف من يده
وهو قول يحيى بن الحسين عليه السلام وقال محمد لا يصح الا ان يخرجه من يده وهو
مذهب الامامية ويدل على صحة ما ذهبنا اليه ان الواقفين من الصحابة كعلي
عليه السلام وعمر وغيره كانوا يلون صدقات انفسهم ولم يرو انهم اخرجوها
من ايديهم فصار ذلك اجماعاً منهم والنبي صلى الله عليه وآله وسلم لما قال لعمر
حبس اصلها وسبل ثمرها ولم يامره باخراجها من يده وايضاً الواقف يخرج ملكه
لا الى مالك فيجب ان يتم بمجرد القول كالعتق ويدل على انه لا معنى لاخراجه
من يده لانه لو اخرجه الى غيره كان ذلك الغير وكيلاً في القبض الا ترى انه
يقبضه باذنه وامره لا لنفسه ولا بامر غيره ويد الوكيل يد الموكل فكانه لم
يخرجه من يده وان اخرجه من يده فبان انه لا فائدة **فان قيل** يقبضه
الموقوف عليه لنفسه **قيل** له قد يكون في الوقف ما هو وقف على
المساجد والقناطر وعلى مساكين لا باعيانهم فكيف يصح ذلك ولم يبن احد
من المسلمين في هذا الباب بين شيء من هذه الاوقاف ولا انه يصح وقف رده
من خالفنا في ذلك الى صدقة الاعيان الا انا نصححها ايضاً بغير القبض **مسألة**
قال ولا فصل في جميع ذلك بين ان يقول حبست وبين ان يقول وقفت وذلك
ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لعمر حبس الاصل فامره بالتحبيس

فمن قال حبست فقد امتثل لفظ النبي صلى الله عليه وآله وسلم ولكن يجب
ان يكون معه من اللفظ ما يدل على القربة الا ترى انه صلى الله عليه وآله وسلم
قال وسبل الثمرة وقال ايضا فاما خالد فقد حبس ادراعه وافراسه في سبيل الله
فلم يخل من لفظ يدل على القربة في الخبرين وقد نبه القاسم عليه السلام عليه
فيما حكيناه عنه في آخر الباب **مسألة** قال ولو ان رجلا قال وقفت
ماله على اولاده جاز الوقف وكان وقفا على ورثته اولاده بعدهم اختلفوا
في الوقف اذا لم يذكر المصرف فيه اصلا بتاتا فابطله محمد واجازه ابو يوسف وهو قول
يحيى بن الحسين عليه السلام فاما الشافعي فاختلفت اقواله فيه ثم اختلف
المجيزون له في المصرف على ما سنبينه من بعد والاصل في جواز ذلك ان الوقف
يتنفذ ويصير وقفا بقوله حبست لله او وقفت لله وان لم يذكر المصرف اصلا
فاذا ذكر المصرف فاولى ان يستقر وان لم يذكره يتابد الدليل على هذا دليل حديث
ابن عمر اصاب ارضا بخيبر فاتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم يعرفه فقال
له ان شئت حبست اصلها لا يباع ولا يوهب ولم يذكر له المصرف فلولا ان
الوقف يصح من دون ذكر المصرف لعرفه النبي صلى الله عليه وآله وسلم
ولم يقتصر به على قوله ان شئت حبست اصلها وكذا الحديث الآخر الذي
قال له فيه تصدق به تقسم ثمره وتحبس اصله لا يباع ولا يوهب فيه وجهان من
الدلالة احدهما انه قال تصدق به ولم يقل على من قال فلولا انه يصير وقفا
بقوله تصدقت به لم يقتصر عليه حتى يقول على كذا وكذا والوجه الثاني انه قال
تقسم ثمره وتحبس اصله ولم يقل وتقسم الثمر في باب كذا وانما اشار الى قسمة
الثمر وتحبيس الاصل فدل ذلك على ما قلناه وايضا يخرج العبد من ملكه بقوله
اعتقتك فكذلك يجب ان يخرج من ملكه بقوله وقفت لان كل واحد منهما اخراج
لملكه لا الى مالك قربة الى الله عز وجل فاذا ثبت ذلك ثبت ان الوقف يصح اذا
وقفه على رجل بعينه ويدل على ذلك ما روي ان عبد الله بن زيد الانصاري
جعل حائطا له صدقة وجعله الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فجعله
رسول الله لابويه ثم جعله له بعد ذلك فدل ذلك على ما قلناه انه يصير
صدقة وان لم يذكر المصرف وان ذكره بعد ذلك جاز قال ابن ابي هريرة

اذا قال تصدقت بداري هذه ولم يبيّنها على قوم على وجهين احدهما باطل والثاني جائز ويكون وقفاً على اقرب الناس بالمحبس قال ابن شريح يرجع الى الواقف فاذا وقفه على قوم باعيانهم او رجل بعينه فانقرضوا او مات فهو لورثة الموقوف عليه مصروفاً اليهم كما نصّه في هذه المسألة بقوله اذا وقفه على اولاده كان وقفاً على ورثته اولاده بعدهم قال ابو يوسف اذا انقرض أهل الوقف رجعت الى الله مصروفة في وجوه القرب وقال الشافعي يرجع الى أقرب الناس بالذي تصدق به وفرق ذلك على اقاربه الغني منهم والفقير قالوا وقال في موضع آخر اقرب الناس به من الفقراء فكانه على قولين والدليل على صحة ما ذهب اليه يحيى بن الحسين عليه السلام حديث عبد الله بن زيد ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لما جعل صدقته لابويه وماتا واخذها صرفها النبي وفي بعض الاحاديث لما ماتا قال عبد الله ماتت ابواي فهي حل لي فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نعم فكلها هنيئاً فدل ذلك على ان عبد الله كان يعرف الحكم في ذلك فقال له صلى الله عليه وآله وسلم نعم فكلها وايضاً وجدنا حقوق الاموال وما يتعلق بها اذا ماتت اربابها وجب صرفها الى ورثتهم فكذلك ما اختلفنا فيه لانه من حقوق الاموال فاما اذا لم يكن ورثة فسيجي القول فيه **فان قيل** فيما مضى اذا كان اصل الوقف هو القربة فالاولى ان يصرف الى وجوه القرب **قيل** له والاحسان الى ذوي الأرحام من جملة القرب وهم اخص فوجب ان يصرف اليهم ويؤكد ذلك بقوله واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض

مسألة

قال فان وقف ماله كله على بعض ورثته دون بعض كان المال كله وقفاً فان اجازه الذين لم يقف عليهم من الورثة كان وقفاً على الذين وقف عليهم وان لم يجيزوه كان الثلث وقفاً على الذين وقف عليهم والثلثان وقفاً عليهم وعلى الذين لم يقف عليهم على حسب مواريثهم هذا ان حمل على ما قال في المنتخب من انه لا يجب من ماله اكثر من الثلث في الصحة والمرض جميعاً ووجهه ما مضى وان حمل على رواية الاحكام من ان للصحيح ان يحمل في ماله ما يشاء فيجب أن يحمل على انه اراد به اذا وقفه في المرض واما ان كان وقفه في الصحة فهو ممضى على ما وقفه على رواية الاحكام وهو الصحيح الذي نختاره ووجهه ان وقف المال عليهم حسن

نظر لهم لأنه قصد تبقيته عليهم ومنعه من استهلاك الأصول فوجب أن يصح
ذلك في المرض والصحة فأما إذا وقف على بعضهم وجب أن ينصرف الثلث إليهم
دون ما عداه إذ ليس له أن يوصي عن ورثته بأكثر من الثلث ألا ترى أنه لو
أوصى لبعض ورثته بجميع ماله كان الثلث له وكذا الوقف في المرض لأنه يجري
مجرى الوصية **مسألة** ولو أن رجلاً وقف ضيعة له أو دارًا على
رجل عشر سنين كانت وقفًا عليه إن كان حيًا أو على ورثته إن كان ميتًا فقد
مضى الكلام أن ورثة الموقوف عليه أولى بالوقف بعده لأنه لم يذكر مصرف
الوقف بعده فأما إذا انقرض الورثة فالواقف أولى به لتعلقه به ألا ترى
أن صدقة عبد الله بن زيد ردت إليه بعد موت أبويه واحتمل ذلك أن تكون
ردت إليه لكونه وارثًا واحتمل أن تكون لكونه واقفًا فحملنا الأمر على كل واحد
منهما وقدمنا الوارث لما بيناه ثم جعلنا الواقف بعده أولى ويمكن أن يقال
لو لم يجعله للواقف وجب أن يجعله لسائر المسلمين وهو أولى به لتعلقه به
واختصاصه لولايته كما نقول في ذي الرحم أولى بالإرث وفيمن علق العتق
على ماله وفي وصية من لا وارث له ومولاه لا الحربي على أن ذكر المصرف
إذا ثبت أنه إليه فهو له إن شاء صرفه إلى نفسه وإن شاء إلى غيره كما كان
له ذلك حين وقف وإذا صار هو الأولى كان إلى ورثته بعده هم الأولى
به على ما مضى القول وإنما جعلناه لورثة الموقوف عليه إلى عشر سنين لأن
هذه المدة هي المدة التي تعلق بها حق الموقوف عليه وهو منقطع بعدها
إذا كان ذلك شرط الواقف وهذا يدل على أن ما عرف من شرط الواقف لا يجوز
أن يغير الوقف عنه على مذهبه وهو مما لا أحفظ فيه خلافًا إذا كان الشرط
مما يجوز أن يشترط **مسألة** قال القاسم عليه السلام ولو أن
رجلاً جعل أرضه لمقابر المسلمين لم يجز له أن يرجع فيها إلا أن يكون ذلك أكثر
من ثلث ما يملكه فله أن يمسك الثلثين على نفسه ثم يمضي الثلث لما جعل له
وهذا على قوله إن من علق النذر بجميع ماله كان ذلك راجعًا إلى الثلث وجميع
ما مضى في كتاب الحج عند ذكر هذه المسألة والأصح عندي أنه جائز في جميع
ماله إذا كان فعله في صحة منه **مسألة** قال ويكره تقبيل الوقف الذي



سنتين او سنتين او نحو ذلك ووجهه انه اذا طالت مدة كونه في يد
انسان وطال تصرفه فيه اشتبه بالملك ولم يؤمن وقوع الالتباس فيه
فهذا وجه الكراهة فان عمل خلافه صح مع الكراهة **مسألة** قال وكل
من وقف اكثر من ثلث ماله على خلاف ما يقتضيه الميراث صح الوقف وقسم
على المواريث يجيء به الزائد على الثلث وقد بينا شرحه على الروايتين وبينا الصحيح
عندنا في ذلك فلا غرض في اعادته قال وله ان ينفق الثلث وما دونه على
ما بيناه على ما شاء كيف شاء وما فعل من ذلك وجب امضاؤه وهذا هو ما مضى
مسألة قال القاسم عليه السلام يجوز ان يقف على نفسه الرجل
ماله على نفسه وولده اذا كان في سبيل من سبل الله عز وجل يجوز ان يقف
على نفسه عندنا وعند ابي يوسف وقال محمد والشافعي لا يجوز ويبطل ذلك
الوقف حكى ابن ابي هريرة ذلك عن الشافعي ويدل على ذلك ما روي ان
عثمان حين اشترى بئر رومة فوقفها على الناس اشترط ان يكون دلوه كدلاء
المسلمين وكذلك روي عنه انه لما وقف استثنى نفقته ومؤنة عامله وفيما
روي من وقف عمر ارض خيبر لا جناح على من وليها ان يأكل منها غير متمول وروي
غير متأثل ولم ينكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولا احد من
الصحابة فجرى مجرى الاجماع من الصحابة فكل ذلك يدل على ان للواقف ان
يستثني ما شاء فجاز ان يستثني لنفسه وولده ما شاء وايضا هو شيء له ان يضعه
في الغني والفقير فوجب ان يجوز وضعه في نفسه وفي ولده دليله لحوم الاضاحي
وكذا عندنا وعند محمد لحوم هدي القارن والمتمتع وقوله ان كان ذلك في سبيل
من سبل الله معناه انه يصح اذا كان في اللفظ ما يدل على القربة كأن يقول
صدقة او قربة الى الله او ما يجري مجراه وهذا دال من مذهبه انه لا يصح الوقف
على ما لا يجوز ان يتقرب به وليس كذلك انفاق المرء على نفسه وولده لانه قد
يقع موقع القربة وروى زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام
قال الاكتساب من حلال جهاد وانفاقك اياه على عيالك واقاربك صدقة ولا يجوز
على هذا الوقف على ابنية القبور وعمارتها لان ذلك مكروه ولا يجوز الوقف
ايضا على البيع والكنائس وبيوت النار لان جميع ذلك من جملة المعاصي على اختلاف

في وقف المشاع فاجازه ابو يوسف وابطله محمد ولا نص فيه لاصحابنا والذي
عندي انه يصح في المشاع الذي لا تتاتى فيه القسمة لانه ليس فيه ابطال حق الغير
من القسمة **فان قيل** ذلك يحط من قيمة نصيب الشريك **قيل**
له فالجار قد يجعل بيته للمقابر وللسبيل ونحوهما او يجلس فيه طحانا او حدادا
وكل ذلك يحط من قيمة دار الجار ولا يمنع منه فكذلك الواقف فاما فيما تتاتى فيه
القسمة فانه يصح وللشريك فيه الخيار في فسخه لانه يؤدي الى ابطال القسمة
عليه وذلك حق له لانه اما ان يقال انه يجوز ان يقسم فيؤدي الى ان يجري
في الوقف معنى البيع واما ان يقال انه لا يجوز ان يقسم فنكون قد ابطلنا حق الشريك
الا ترى ان الشفيع يبطل الوقف على المشتري لثبوت حقه في باب الشفعة فكذلك
يجب ان يكون حكم الشريك قال ابو يوسف ومحمد يجوز ان يباع العبد والبقرة
اذا هرما ولم ينتفع بهما فيها فصدا له وذلك اذا وقفا على سبيل البيع لو وقفت
ضيعة وهو الصحيح عندي ويجوز بيع كل ما لا يجوز الانتفاع به على الوجه
الذي قصد اليه الا باستهلاك عينه لهذا لم يختلفوا في جواز بيع ثمرة الاصول الموقوفة

باب القول في العارية

يجوز للرجل ان يعير داره وفرسه وجاريته وثيابه وغير ذلك مما
يملك من شاء فان كانت العارية جارية جاز ان يستخدمها ولم يجز ان يطاها
والعارية هبة المنافع والاصل في جواز العارية ما روي عن النبي صلى الله عليه
وآله وسلم انه قال العارية مؤداة وما روي انه استعار من صفوان بن امية
دروعا ولا خلاف فيه بين المسلمين فاما الجارية اذا اعيرت حل للمستعير استخدامها
دون وطيها وهذا مما لا خلاف فيه ويدل على ذلك قول الله تعالى والذين هم
لفروجهم حافظون الا على ازواجهم الآية فاباح عز وجل الوطء مع عقد النكاح
او ملك اليمين وحظر ما سواه وقوله انها هبة المنافع فيه ضرب من التوسع
والتجوز والحقيقة انها اباحة المنافع عندنا على ما نبينه من بعد **مسئلة**
قال واذا تلفت العارية عند المستعير لم يضمنها المعير الا باحد سببين ان
يكون اشترط للمعير الضمان على المستعير والثاني ان يكون تلفها بتعدي المستعير

وبه قال القاسم والناصر وهو المروي عن جعفر بن محمد والأظهر انه وفاق اهل
البيت عليهم السلام فاما ما رواه زيد بن علي عن ابيه عن جده عن علي عليهم
السلام انه قال لا ضمان على مستعير الا ان يخالف فمعناه عندنا اذا اطلق
الاستعارة ولم يشترط الضمان لان العارية عندنا في الأصل غير مضمونة
قال ابو حنيفة واصحابه هي غير مضمونة الا بالتعدي وقال الشافعي هي مضمونة
على كل وجه والأصل عندنا على ما بيناه في العارية انها غير مضمونة الا بالتعدي
وذلك ان صاحبها سلمها الى المستعير ليستوفي منها منافعها فاشبه الشيء المستاجر
انه لما سلمه صاحبه لاستيفاء منافعه لم يضمنه فان قاسوه على القرض بعلة
انه اخذه لمنفعة نفسه على ان القرض يصير ملكا للمستقرض ويستحق العوض
عليه فضمانه لهذا المعنى دون ما سواه وايضا من استعار ثوبا للبس فبلي لا
خلاف انه لا يضمن المستعير البلى فكذلك اذا لم يتعد في الأصل كما لم يتعد في
البلى بدلالة انه لو تعدى في البلى ضمن وانما قلنا انها تضمن اذا اشترط الضمان للأثر
وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم استعار من صفوان فقال
صفوان اعارية ام غصبا فقال صلى الله عليه وآله وسلم بل عارية مضمونة فاشترط
ضمانها فلولا ان اشتراط الضمان يوجب الضمان لم يشترطه لانه يكون كالعبث

فان قيل فقد روي العارية مضمونة

قيل له هذه اللفظة ليست بتلك المشهورة وان ثبتت حملت على انها
اشارة الى درع صفوان وانها معهودة والالف واللام يدلان على الجنس اذا لم يكن للعهد

فان قيل يحتمل ان يكون المراد به مضمونة الأداء ثبت

قيل له هذا خلاف الظاهر ثم لم يكن لهذا القول فائدة لان الأداء
كان قد علم بقوله صلى الله عليه وآله وسلم عارية اذ هو الفصل بينها وبين
الغصب فلم يكن لقوله صلى الله عليه وآله وسلم مضمونة معنى الا اشتراط
الضمان

فان قيل لو لم تكن العارية مضمونة في الأصل لم يجب الضمان
باشتراطه كالوديعة

قيل يصح اشتراط الضمان في العارية لان فيها
ما يقابل الضمان وهو الانتفاع فصار ذلك عوضا عن الضمان فكانه قبل الانتفاع
على عوض مخصوص وليس كذلك في الوديعة فلم يفد فيها الشرط

فان قيل

لو كان ذلك كذلك صارت الاعارة بمنزلة الاجارة الفاسدة **قيل** له
لا يمتنع ان ياخذ شبها من الاجارة وان لم تكن اجارة حتى يجب فيها كلما يجب في
الاجارة كما ان الاجارة تاخذ شبها من البيع ثم لا يجب فيها كلما يجب في البيع بتة

مسألة قال وان استعار دابة على ان يركبها الى موضع فركبها الى ابعد منه
او استعارها على ان يحمل عليها شيئا فحمل عليها اثقل منه فتلفت ضمنها ووجهه انه قد
تعدى حين ركبها الى موضع لم ياذن له فيه صاحبها وحمل عليها ما لم ياذن له في حمله
فصار بمنزلة الغاصب يضمنها كما يضمن الغاصب وهذا مما لا خلاف فيه وهكذا ان
استعارها على ان يركبها فاعارها غيره **قال** وان استعار ثوبا على ان يلبسه
في البلد فسافر به ضمن ووجهه ما مضى **قال** وكذلك ان اعاره غيره ضمن
اختلف قول ابي حنيفة فلم يصادم قولنا هو واصحابه في المستعير اذا اعاره غيره لا
خلاف بيننا وبينهم انه ان اشترط هو الانتفاع بها بنفسه فاعارها انه يضمن و
انما الخلاف اذا استعارها مطلقا فاعار غيره فقال ابو حنيفة لا يضمن لان له ان يعير
وعندنا انه يضمن لانه ليس للمستعير ان يعير ووجه ما ذهبنا اليه ان منافع العارية
مباحة للمستعير وليست مملوكة له وهذا مما اختلف فيه اصحاب ابي حنيفة
فذكر الجصاص ان الاعارة لا تقتضي تمليك المنافع وذكر ابو الحسن الكرخي انها تقتضي
اباحة المنافع والذي يدل على انها تقتضي الاباحة ان له الرجوع في العارية
سوى اعارها ذا الرحم او على وجه القربة فبان ان العارية (الاعارة) تقتضي اباحة المنافع دون
هبتها وايضا لو ملك المنافع كان له ان يؤاجر العارية كما يكون ذلك للمستاجر لانه
مالك منافعها فاذا ثبت ذلك لم يكن للمستعير ان يعيره غيره لان من ابيح له شيء
لا يجوز له ان يبيحه غيره لا خلاف فيه

مسألة قال واذا استعار
الرجل شيئا فرهنه باذن صاحبه او بغير اذنه فتلف ضمن المستعير للمعير
قيمته وهذا قد مضى شرحه في كتاب الرهن والفرق بين من رهنه باذن
المعير وبين من رهنه بغير اذنه انه ان رهنه باذن المعير وكانت القيمة للرهن
زائدة على الدين لم يضمن الزيادة الا ان اخذها من المرتهن فان رهنها بغير
اذن المعير ضمنها اخذ او لم ياخذ لان الراهن باذن المعير غير متعد فلا يضمن الا
ما ياخذه ويحصل له بعوض دينه والراهن بغير اذنه متعد يضمن على كل حال

وقولنا في الراهن باذن المعير انه يضمن الزيادة اذا اخذها معناه انه يرده على المعير و الا فهو امين فيه بمنزلة الوكيل فذكر الضمان توسع في الكلام **قال** و المستعير اذا استهلك العارية على اي وجه استهلكها ضمن وهذا مما لا خلاف فيه لانه متعد بمنزلة الغاصب **مسألة** قال واذا استعار رجل من رجل شيئا فاعطاه عليه الرهن فقبضه المعير كان ذلك تضمينا فان تلفت العارية ضمنها وقد بينا في كتاب الرهون ان ذلك يجري مجرى اشتراط الضمان فلا وجه لاعادته

مسألة قال واذا رد المستعير العارية الى صاحبها مع مملوكه او خادمه فتلفت العارية لم يضمنها المستعير فان ردها مع الاجنبي فتلفت ضمنها قال ابو حنيفة واصحابه في غالب ظني ووجهه ان العارية اذا لم يشترط ضمانها كانت في يد المستعير بمنزلة الوديعة سيما على قولنا انه ليس له ان يعيره غيره الا باذن المعير فاذا ثبت ذلك فمتى ردها على يد مملوكه او خادمه او بعض عياله فتلفت لم يضمنها لان يد الاجنبي غير يد المستعير فاذا سلمها الى غيره لا ممن يده لا تكون في الحكم كيده لا يكون ضامنا لها كما تكون في الوديعة قال وان تلفت بجناية من الحامل لها ضمنها للحامل وذلك انه يكون متعديا فيضمنها كما يضمن الغاصب الا انه ان كان الحامل من جملة عيال المستعير كان المعير مطالبا للجاني دون المستعير وان شا طالب الحامل لان كل واحد منهما قد تعدى فان طالب المستعير رجع به على الحامل وان طالب به الحامل لم يرجع على المستعير لان الحامل هو المتلف

انتهى الجزء الرابع من كتاب شرح التجريد للإمام الأعظم
المؤيد بالله عليه السلام يليه الجزء الخامس أوله أبواب العتق

انتهى المجلد الثاني من شرح التجريد
يتلوه المجلد الثالث والأخير وأوله
الجزء الخامس

الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م

